بسم الله الرحمن الرحيم

DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI YAYINLARI : 1275
KAYNAK ESERLER : 145

Genel Koordinatör
PROF. DR. MEHMET EMİN ÖZAFŞAR

Yayın Yönetmeni
DR. YÜKSEL SALMAN

Koordinasyon
YUNUS AKKAYA

Osmanlıca Aslından Çeviren
RAŞİT GÜNDOĞDU
OSMAN ERDEM

Baskı Takip
MAHİR KILINÇ

Tasarım
EMRE YILDIZ
MÜCELLA TEKİN

ISBN 978-975-19-6611-7 (Tk.)
978-975-19-6613-1 (2.Cilt)
2017-34-Y-0003-1275
Sertifika No: 12931

Eser İnceleme Komisyon Kararı: 28.09.2016/33

2.Baskı

İstanbul • 2017

Baskı
İMAK OFSET BAS. YAY. TİC. VE SAN. LTD. ŞTİ.
Tel: +90.212 656 49 97

© DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI

İletişim
DİNİ YAYINLAR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
BASILI YAYINLAR DAİRE BAŞKANLIĞI
Tel: +90.312 295 72 93
Fax: +90.312 284 72 88
e-Posta: diniyayinlar@diyanet.gov.tr

Dağıtım ve Satış
DÖNER SERMAYE İŞLETME MÜDÜRLÜĞÜ
Tel: +90.312 295 71 53 - 295 71 56
Fax: +90.312 285 18 54
e-posta: dosim@diyanet.gov.tr

درر الحكام شرح مجلة الأحكام

Dürerü'l-Hükkâm

ŞERHU MECELLETİ'L-AHKÂM

HOCAEMİNEFENDİZÂDE
ALİ HAYDAR EFENDİ
(Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi Reisi ve
Mekteb-i Hukûk-ı Osmânî Mecelle Muallimi)

CİLT
II

DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI

İÇİNDEKİLER

Şerh-i Kitâbü'l-Kefâle
KİTÂB-I SÂLİS

KİTAB-I SÂLİS		905
MUKADDİME	*Kefâlete Dâir Istılâhât-ı Fıkhiyye*	906
BÂB-I EVVEL	*Akid-i Kefâlet*	922
BÂB-I SÂNÎ	*Kefâletin Ahkâmı*	952
BÂB-I SÂLİS	*Kefâletden berâet*	1013

Şerh-i Kitabü'l-Havâle
KİTÂB-I RÂBİ'

KİTÂB-I RÂBİ'		1037
MUKADDİME		1038
BÂB-I EVVEL	*Akd-i Havâle*	1046
BÂB-I SANÎ	*Ahkâm-ı Havâle*	1065

Şerh-i Kitâbü'r-Rehn
KİTÂB-I HÂMİS

KİTÂB-I HÂMİS		1093
MUKADDİME	*Rehne dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye*	1096
BÂB-I EVVEL	*Akd-i rehn*	1111
BÂB-I SÂNÎ	*Râhin ve mürtehine müte'allik bazı mesâ'il*	1154
BÂB-I SÂLİS	*Merhûna müte'allik mesâil*	1164
BÂB-I RÂBİ'	*Rehinin ahkamı*	1179

Şerh-i Kitabü'l-Emânât
Kitab-ı Sâdis

KİTAB-I SÂDİS		1261
MUKADDİME	*Emânâta müte'allik ıstılâhât-ı fıkhiyye*	1262
BAB-I EVVEL	*Emânâta dâir bâzı ahkâm-ı umumiyye*	1272
BAB-I SÂNÎ	*Vedî'a*	1297
BÂB-I SÂLİS	*Âriyet*	1383

Şerh-i Kitabü'l-Hibe
Kitab-ı Sâbi'

KİTAB-I SÂBİ'		1441
MUKADDİME	*Hibeye dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye*	1442
BÂB-I EVVEL	*Akd-i hibeye müte'allik mesail*	1449
BÂB-I SÂNÎ	*Ahkâm-ı hibe*	1520

Şerh-i Kitabü'l-Gasb ve'l-İtlâf
Kitâb-ı Sâmin

KİTÂB-I SÂMİN		1567
MUKADDİME	*Bazı İstilâhât-ı Fıkhiyye*	1568
BÂB-I EVVEL	*Gasb*	1586
BÂB-I SÂNÎ	*İtlâf*	1681

Fihrist

AYRINTILI FİHRİST		1736

Şerh-i Kitâbü'l-Kefâle

KİTÂB-I SÂLİS

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله المنعام. وعلى رسوله وآله واصحابه الكرام.

افضل الصلاة والسلام ما تعاقب الازمان والايام.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE

KİTAB-I SÂLİS

Kefâlet hakkında olup bir mukaddime ile üç bâbı hâvîdir.

Kefâletin meşrû'iyyeti Kitab,Sünnet ve İcmâ'-ı Ümmet ile sâbit olmuştur.

Kitab ***"Ve limen câe bihî hımlü ba'îrin ve ene bihî za'îmün"*** (Yusuf 12/72) kavl-i celîli; sünnet dahi ***"Ez-za'îmü gārimün"*** kavl-i şerîfi bulunmuştur ki bu hadis, kefîl zâmindir demektir. *(Fethu'l-kadîr)* (643. maddeye bak.)

Kefâletin, mehâsin-i celile-i adîdesi vardır.

Kefâlette, malının ziyâ'ından korkan dâyinin âlâmını izâle bulunduğu gibi nefsi aleyhine havf eden medyûnun âlâmını gidermek dahi vardır. Binâenaleyh, kefâlet eden kimse hem dâyin hem de medyûna ni'met ve iyilik etmiş olur. Bu cihetle kefâlet, ef'âl-i âliyeden ma'dûddur[1]

Ma'a-zâlik kefâletten imtinâ', ihtiyâta akrebdir. Zîrâ Tevrat'ta "zeâmetin evveli melâme, evsatı nedâme, âhiri garâme" olduğu muharrerdir. Ta'bîr-i âharla, evvel emirde kefîl kendi nefsine yahut nâs o kefîli levm edeceği ve hasbe'l-kefâle mutâleb olunca gayrin borcunu te'diye etmek sûretiyle malının itlâfına nâdim olacağı gibi, ondan sonra kefâletle ta'ahhüd ettiği malı zâmin olmasıyla, yâhut mekfûlün-bihi ihzâr ile dahi nefsini it'âb ve kendini izrâr eder.[2]

---

1 حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قرائة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحهاو يقوم بها بان اتاح لها ذلك وسمى نبيا بذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك اراد قتلهم. (شلبى)

2 لان الغرم لزوم الضرر ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما. رد محتار.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE

MUKADDİME

[Kefâlete dâir ıstılâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.]

Lafz-ı kefâlet, lugat-ı Arab'da zamm ve ilâve etmek ma'nâsınadır. Binâenaleyh madde-i âtiyedeki ma'nâya nakli, ***"naklü'l-âmm ile'l-hâss"*** kabîlinden olur.[1]

Hulâsa-i Bâb-ı Evvel:

Bâb-ı sâniye kadar olan mesâilin hulâsası burada derc olunur.

Kefâletin târîfi: Kefâlet, bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zamm etmektir. Bu târîfe ber-vech-i âtî i'tiraz olunur.

1- Bilâ-emir bir sabînin nefsine kefîl olan kimse mutâleb olduğu halde, asîl mutâleb olmaz.

Cevâb: 1- Ta'rîf, bi'l-ehassdır.

2- Diğerin deynine kefîl olup da medyûn deynini inkâr ve yemin ederse, kefîl mutâlebdir; asîl değil.

Cevâb: 2- Kefîlin zu'munda sübût-ı mutâlebe kâfidir.

Kefâlet bi'l-aynda ve bi'n-nefsde, zimmet-i kefilde hakk-ı mutâlebe sâbit olur; deyn değil. Çünkü bunlarda deyn zâten mevcut değildir. Kefâlet bi'd-deynde zimmet-i kefilde alâ kavlin, yalnız hakk-ı mutâlebe sâbit olur; deyn değil. Çünkü:

Evvelen: Tevsîk-ı hakk, yalnız hakk-ı mutâlebenin zimmet-i kefîlde sübûtiyle hâsıl olur. Sübût-ı deyne hâcet yoktur.

---

1 قال الله تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والصلام انا وكافل اليتيم كهاتين اى ضام اليتيم الى نفسه (رد محتار فى اولى الكفاله)

Sâniyen: Baʻde'l-kefâle, deyn-i zimmet asilde bâki olduğundan kefîlin zimmetinde de isbât-ı deyn etmek kalb-i hakîkattir.[2]

Sâlisen: İki deyn sâbit olduğu halde birinin istîfa olunup da diğerinin istîfa olunamaması müstahîldir.

Şerâit-i Kefâlet;

Kefilde, mekfûlün-anhde, mekfûlün-lehde ve mekfûlün-bihde aranır.

1-Kefîlin:

Âkıl ve bâliğ olması,

Rızâsı bulunması,

Maraz-ı mevt ile marîz olmaması,

Mekfûlün-lehin gayri olması şarttır. (*628. madde*)

2- Mekfûlün-anhin:

1-Şahsen maʻlûmiyyeti şarttır.

2- Âkıl ve bâliğ olması,

3- İsmen maʻlûmiyyeti şart değildir.

4- Müflis, eğer ber-hayat ise, kefâlet bi'l-ittifâk sahîh olur. Vefât etmiş ise, İmam-ı Aʻzam'a göre, gayr-i sahîh, İmâmeyn'e göre sahîhdir.

3- Mekfûlün-bihin:

1- Kefâlet bi'n-nefsde, şahsen ve mekânen maʻlûmiyyeti,[3]

2- Kefâlet bi'l-mâlda, asîl üzerine bi-nefsihi mazmûniyyeti şarttır,

3- Kefâlet bi'l-mâlda maʻlûmiyyeti şart değildir.

4- Mekfûlün-bih, nefis veya maldan hangisi olduğu maʻlûm olması şarttır.

5- Mekfûlün-lehin maʻlûm olması şarttır.

2 Bu ikinci sebebe şu yolda itiraz olunabilir. Mağsûbun-minhin, mal-ı mağsubu ister gâsıbdan, ister gâsıbü'l-gâsıbdan mutalebeye salahiyyeti der-kârdır. O halde kefâlet meselesi de işbu mesele-i şerʻiyyeye tevfîk edilir.

Cevâb: İki mesele beyninde fark vardır. Kefâletde dâyinin hem asıl ve hem de kefilden hakk-ı mutalebesi bulunduğu halde mağsûbun-minh, gâsıb veya gasıbü'l-gâsıbdan ancak birisinden taleb edebilir. Birisinden talebden sonra diğerinden talebe hakkı yoktur.

3 Müstesna: Şirket-i mufâvazada mekfûlün-bih mechûldür; ve kefâlet caizdir.

612. MADDE

[**Kefâlet**] Istılâh-ı fukahâda [**bir şeyin**] -mekfûlün-bihin- [**mutâlebesi hakkında zimmeti**] -kefîl kendi zimmeti- [**zimmete**] -asîlin ta'bîr-i diğerle, mekfûlün-anhın zimmetine- [**zamm**] ve ilâve [**etmektir.**]

Mecelle'de "bir şeyin" denilmiştir. Ta ki ayn ve deyne, kezâ nefis ve teslîme şâmil olsun. Demek ki ol şey, ya ayn ve deynden ibâret olan mal olur, kefâlet bi'l-mâlda olduğu gibi; veya nefis olur, kefâlet bi'n-nefsde olduğu gibi; veya teslîm olur, kefâlet bi't-teslimde olduğu gibi. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Bu ta'rîfde iki yerde vâki' zimmetten maksûd zâttır. Ve *Mecelle*'de "yâni bir kimse.... ilâ âhirihi" diye ber-vech-i âtî tefsir olunması, zimmetten zât maksûd olduğuna işâret içindir. *(Redd-i muhtâr)*

Zimmetin ta'rîf ve izâhı 8. madde şerhinde geçti.

[**Yâni bir kimse**] bir şeyin mutâlebesi hakkında kendi [**zâtını diğerin zâtına zammedip ve anın**] yâni ol diğer zâtın [**hakkında lâzım gelen mutâlebeyi kendi**] -ol kimse- [**dahi iltizâm**] ve ta'ahhüd [**etmekdir.**]

Taksimât-ı kefâlet: Kefâlet, üç vechile taksim olunur:

Taksîm-i evvel: 613., 614 ve 615. maddelerden anlaşılacağı vechile kefâlet, mekfûlün-bih i'tibâriyle üç kısma ayrılır. Evvelkisine kefâlet bi'l-mâl, ikincisine kefâlet bi'n-nefs, üçüncüsüne kefâlet bi't-teslîm denilir. Malın ayn veya deyn olması i'tibâriyle kefâlet bi'l-mâl dahi ikiye münkasim ve bu takdirde envâ-ı kefâlet dörde bâliğ olur.

> Nev'-i evvel: Kefâlet bi'l-mâli'l-ayndır. Mal-ı mağsûbe kefâlet gibi.
>
> Şöyle ki: Bir kimse diğer kimesnenin koyununu gasbedip de yedinde mevcud iken, bir şahıs bu koyunun aynına kefîl olsa, sahîh ve o şahıs koyunun mutâlebesi hakkında kendi zâtını o kimsenin zâtına zamm etmiş olur. Bu cihetle, o kimesne koyunu, dilerse ol kimseden ve isterse o şahısdan mutâlebe edebilir.
>
> Nev'-i sânî: Kefâlet bi'l-mâli'd-deyndir. Bir kimsenin diğer kimesneye olan bin kuruş borcuna bir şahsın kefîl olması gibi.
>
> Nev'-i sâlis: Kefâlet bi'n-nefsdir. Bir kimsenin diğer kimesnede bir hakkı ve matlûbu bulunup da, bir şahıs o kimesnenin nefsine kefîl olması gibi. Bu gibi kefâlet-i nefsiyyede dahi bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zamm vardır. Şöyle ki, misâl-i mezkûrde ol kimse için hem hakkını hem de o kimesnenin nefsinin meclis-i hâkime ihzârını taleb etmek hakkı sâbit olur. Ama kefîlden yalnız o kimesnenin, meselâ meclis-i hâkime ihzârını istid'â eyleyebilir. Binâenaleyh kefâlet-i nefsiyyede asîl ve kefîlden mutâlebe olunan şey birdir. Yani nefs-i mekfûlün-bihdir.

Nev'-i râbi': Kefâlet bi't-teslîmdir. Bir kimse bir malı diğer bir kimesneden iştirâ edip de, bir şahıs o malın müşteriye teslimine kefîl olması gibi.

Ancak kefâlet bi'l-mâl, nev'-i evvel ve sâniye şâmil olmakla, bunlar bir kısım addolunmak ve binâenaleyh işbu taksim-i evvelde kefâlet üç kısım itibar edilmek münâsipdir. Bu cihetle, biz kefâlet bi'l-mâlı üç kısım itibar edeceğiz.

Taksîm-i sânî: Kefâletin diğer bir taksimi dahi *Mecelle*'nin 617. maddesinde mezkûrdür. Kefâletin bu taksimi nefs-i akd i'tibâriyledir. İmdi kefâlet, nefs-i akd i'tibâriyle dahi dört kısma münkasimdir ki, bu da: Kefâlet-i münecceze, kefâlet-i mu'allaka, kefâlet-i muzâfe ve kefâlet-i meşrûtadan ibârettir. (617. maddeye ve şerhine ve bâb-ı sânînin fasl-ı evvel ünvânı şerhine bakınız.)

Mekfûlün-bih i'tibâriyle olan aksâm-ı selâse, tedâhül edemediği gibi, akd i'tibâriyle olan aksâm-ı erba'adan ilk üç kısım dahi tedâhül edemeyip, ama evvelki üç kısım, ikinci i'tibâriyle olan aksam ile tedâhül ve ictimâ' eyleyebilir.

Taksîm-i sâlis: *Mecelle*'nin 625. ve 626. maddelerinden münfehim olduğu üzre kefâlet, kayd ve vasıf i'tibâriyle dahi dört kısma taksim olunur: Kefâlet-i mutlaka, kefâlet-i muvakkate, kefâlet-i mu'accele ve kefâlet-i mü'ecceledir.

Bu aksâmın cümlesi bu kitâb-ı kefâletde tafsîl ve ahkâmı metnen ve şerhan beyân olunacaktır.

Suâl ve cevâblar: *Tenvir*'de, kefâlet ber-vech-i mezkûr ta'rîf edilmiş ve *Mecelle* bu ta'rîfi ondan ahz eylemiştir. Ancak, bu ta'rif, efrâdını câmi' değildir diye nakz olunur; şöyle ki:

Evvelen: 629. madde şerhinde izâh olunacağı vechile bir kimse, bir sabînin nefsine -bilâ-emri'l-velî- kefîl olduğunda, kefîl mutâleb olur ise de, sabî mutâleb olmamakla, sabînin ihzârı velî üzerine lâzım gelmeyeceği cihetle bunda "onun hakkında lâzım gelen mutâlebeyi" ta'bîri ile bu gibi kefâlet-i nefsiyye, ta'rîfde dâhil olmaz; yâni bunda asîl hakkında bir gûnâ mutâlebe olmadığı halde kefîl, mutâleb olur. Binâenaleyh "onun hakkında..... ilâ âhirihi" ta'bîriyle bu gibi mu'arrefin efrâdından olan kefâlet, ta'rîf-i mezkûrdan hâriç kalır.

Sâniyen: Bir kimse, "Ben filanın falan şahsa olan borcuna kefîlim." dediğinde, asîl borcunu inkâr ederek isbât dahi olunamasa, asîl, mutâleb değil iken, kefîl mutâleb olacağından, ta'bîr-i mezkûr ile bu kefâlet dahi ta'rîfden hâriç kalır. (81. maddeye bak.)

Bu ikinci suâle "Asîl hakkında sübût-ı mutâlebe nefsü'l-emrde mevcud bulunması şart olmayıp, kefîlin zu'munda mutâlebenin sübûtu kâfi bulunmuştur." diye cevap verilir.

Tafsîl-i ihtilâf: Kefâlet bi'd-deynde iki şey vardır. Birisi deyn ve diğeri ol deyni medyûndan taleb etmek hakkıdır. Ale'l-ıtlâk zamm, bazen yalnız mutâlebede olup asl-ı deynde olmaz. Bunlardan bazıları şunlardır:

Evvelen: Vekîl bi-kabzı'd-deyn, ma'al müvekkilde olduğu gibi ki; deyn, müvekkilin olup, müvekkil için hem deyn, hem de hakk-ı mutâlebe sâbit iken vekil için yalnız hakk-ı mutâlebe sâbit olur; yoksa deyn sâbit olmaz. Meselâ bir kimse, filan şahıs zimmetindeki alacağını kabza diğer kimesneyi tevkîl ettiğinde, vekîl-i merkūm müvekkiline zamm edilmiş ve fakat bu zamm, yalnız hakk-ı mutâlebeye munhasır kalmış olur.

Sâniyen: Vekîl bi'ş-şirâ semen-i mebî' ile mutâleb olur. Halbuki semen-i mezkûr müvekkili zimmetinde sâbit ve müvekkilinin borcudur. Hatta bâyi' müvekkili semen-i mezkûrdan ibrâ etse sahîh olur. Binâenaleyh bunda dahi vekîl bi'ş-şirânın müvekkiline zammı yalnız mutâlebededir, *(Zeylaî)* İşte bu mes'elede vekîl bi'ş-şirâ müvekkiline yalnız mutâlebede zammedilir, yoksa deynde değil.

1461. maddeye mebnî "Müvekkil semen-i mebî' ile bâyi'a karşı mutâleb olmamakla, vekîl bi'ş-şirânın ona zammı nasıl olur?" diye sual vârid olur ise, müvekkil, kazâ ve hükm-i hâkim ile mutâleb değil, fakat diyâneten mutâlebdir.

Sâlisen: Velî, vasî ve nâzır, def' ve edâsı lâzım gelen şeyler ile mutâleb olur; halbuki zimmetlerinde hiçbir şey sâbit değildir.

Meselâ bir sabî, birinin malını itlâf etmekle, 916. maddeye mebnî zamân lâzım gelse, bedel-i zamân sabînin malından îfâ etmesiyle sabînin velîsi veya vasîsi mutâlebdir, fakat bedel-i mezkûr, yalnız sabînin zimmetinde sâbittir. Velî veya vasînin zimmetinde bir şey sâbit olmaz.

İmdi kefâlet bi'n-nefis ve kefâlet bi'l-a'yânda kefîl zimmetinde sâbit olan, yalnız mutâlebe olduğu müttefekun-aleyhdir. Çünkü, bunlarda asîl zimmetinde deyn bulunmadığı ve asîlde sâbit yalnız mutâlebe olduğu cihetle, kefîl zimmetinde dahi deyn sâbit olmayacağı der-kârdır.

Fakat, kefâlet bi'd-deynde asîlin zimmetinde sâbit bulunan hem deyn, hem de hakk-ı mutâlebe olduğunda şüphe yok ise de, kefîlin zimmetinde sâbit olan yalnız hakk-ı mutâlebe midir, yoksa hem hakk-ı mutâlebe hem de deyn midir? İşte bunda ihtilâf olunmuştur.

Bâzı ulemâ, "Kefîlin zimmetinde sâbit olan yalnız hakk-ı mutâlebedir; deyn sâbit değildir." demişler. ***Sâhibü'l-Hidâye*** ve İbnü'l-Hümâm gibi bâzı ekâbir-i ulemâ dahi, esahh olan bu kavl olduğunu beyân eylemişlerdir.

Bu kavle zâhib olan ulemânın delilleri şunlardır:

> **Evvelen**: Tevessük [4] yâni mûcib-i kefâlet, kefîl zimmetinde hakk-ı mutâlebenin sübûtiyle hâsıl olur. Deynin, zimmet-i kefîlde sübûtunu i'tibâra hâcet yoktur; bâlâ-

---

4 توثق: Borcu sağlamlaştırmak.

da zikrolunan velî ve emsâlinde olduğu gibi. İmdi kefîl aleyhine lüzum-ı deynsiz, îcab-ı mutâlebe mümkün olunca zimmet-i kefîlde deynin sübûtuna hüküm ve i'ti-bâr etmek îcâb etmez.[5]

Sâniyen: Deyn, ba'de'l-kefâle dahi zimmet-i asîlde kemâ-kân bâkīdir. Bu halde zimmet-i kefîlde dahi sübût-ı deyn tasavvur olunamaz. zîra bu sûretde deyn-i vâhidin iki deyn kılınması îcâb eder, bu ise kalb-i hakîkatdir. Binâenaleyh, zarûret bulunmadıkça bu cihete gidilemez. İşte şu âti'z-zikr mesâilde bu deynin iki deyn i'tibâr edilmesinde zarûret bulunmakla, onlarda bi'l-mecbûriyye zimmet-i kefîlde sübût-ı deyn ile hükmedilmiştir.

1. Mes'ele: Dâyin -mekfûlün-leh- alacağı olan mekfûlün-bihi kefîle hîbe veya tasadduk ve kefîl dahi kabul etse sahîh olur. Nitekim, 660. madde şerhinde îzah olunacaktır.

2. Mes'ele: Mekfûlün-leh alacağı mukābilinde kefîlden bir mal satın alsa sahîh ve kefîl, kefâlet-i mâliyeden berî olur.

Bu iki mes'elede kefîl zimmetinde dahi sübût-ı deyne kāil olmak zarûrîdir ve illa deynin, medyûnun gayrisine temlîki lâzım gelir. Bu ise bâtıldır. Meselâ bir adam Zeyd zimmetinde olan on altın alacağına mukâbil Amr'dan, Amr'ın malı bulunan ma'lûm atı satın alsa sahîh değildir. Binâenaleyh bu iki mes'elede tashîh-i tasarruf zarûreti için kefîl zimmetinde sübût-ı deyne kāil olduk. Ve bir deyni iki deyn hükmünde kıldık. Ama husûsât-ı sâirede zarûret olmadığı cihetle bir deynin iki deyn kılınması câiz değildir. (22. maddeye bak.)

Sâlisen: Biri zimmet-i asîlde, diğeri zimmet-i kefîlde olmak üzre iki deyn sâbit olması hususu kabul olunduğu halde, bunlardan yalnız birisi istîfâ olunabilip de diğerinin istîfâsı câiz olmaması ve meselâ bir kimsenin Zeyd zimmetinde on altın ve Amr zimmetinde dahi on altın alacağı sâbit iken yalnız birisinin istîfâsı câiz, diğerininki gayr-i câiz olması müstahîldir, *(Kifâye Şerhu'l-Hidâye ve Zeylaî.)*

Ve diğer bâzı ulemâ ise kefîlin zimmetinde sâbit olan "asîl zimmetinde sâbit olduğu gibi" hem deyn ve hem de mutâlebe olduğunu ve fakat zimmet-i asîlden deyn sâkıt olmayacağını zikr eylemişlerdir ki, İmam Şâfiî ve Mâlik (Rahimehümâ'llahü Te'âlâ) buna zâhib oldukları gibi İmam Ahmed bin Hanbel (Rahimehü'llahü Te'âlâ)'den olunan bir rivâyet dahi ber-vech-i meşrûh bulunmuştur.

Kavl-i sâniye zâhib olan ulemânın edillesi şunlardır:

---

5 قال فى رد المحتارعن الفتح لان اعتبار الدين فى ذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب هنا لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين فى الذمة انتهى.

Evvelen: Kefîl, asîl gibi deyn ile mutâleb olur. Mutâlebe ise deynin fer'i olarak, bidûni'l-asl, fer' tasavvur edilemeyeceğine ve deyn olmaksızın îfâ-yı deyn ile mutâlebe muhâl olduğuna binâen, deynin zimmet-i kefîlde dahi sübûtu lâzım gelir. *(Zeylaî)*

Kavl-i evvele kāil olan ulemâ, delîl-i mezkûre dört vechile cevâb verdiler:

Vech-i evvel: Vâkı'â asl-ı deyn mevcûd olmadıkça deyn ile mutâlebe mutasavver değilse de, o deynin her halde mutâlebe olunan şahıs zimmetinde sâbit ve vâcib olması lâzım değildir. Görülmez mi ki, vekîl bi'ş-şirâ semen-i mebî' ile mutâleb olur. Halbuki semen-i mezkûr müvekkili zimmetinde sâbit ve müvekkilinin borcudur. Hatta bâyi', semen-i mezkûrden müvekkili ibrâ etse sahîh olur.

Vech-i sânî: Mutâlebe, asl-ı deynden dâyin hakkında infisâl edebilir. Dâyinin alacağı yok iken medyûndan isteyebilir. Şöyle ki, vekîl bi'l-bey' semen-i mebî'i müşteriden isteyebilir. Halbuki, semen-i mezkûr vekîlin hakkı değil, müvekkilinin malıdır. İşte bu mes'elede mutâlebe, asl-ı deynden infisâl ederek asl-ı deyn, zimmet-i medyûnda sâbit iken kefâlet-i sebebiyle kefîle mutâlebe teveccüh eder.

Vech-i sâlis: Mutâlebe asl-ı deynden te'cîl ile infisâl ettiği gibi, kefâletde dahi asl-ı deynden infisâl eder. Şöyle ki: Bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde semen-i mebî'den meselâ yüz altın alacağı olup da bir sene te'cîl etse, alacağı, zimmet-i medyûnda bâkī olduğu halde hakk-ı mutâlebe bir sene müddetle sâkıt olacağı ve ol vechile mutâlebe, deynden bu mes'elede infisâl edeceği gibi kefâletde dahi infisâl edebilir.

Vech-i râbi': Mutâlebenin asl-ı deyne nisbeti, mülk-i tasarrufun mülk-i ayna nisbeti gibidir. Mülk-i tasarrufun mülk-i ayndan râhin hakkında munfasıl olması câiz olduğu yâni râhin, merhûnun aynına mâlik iken merhûn da tasarrufa muktedir olmadığı gibi, kefâletle iltizâm-ı mutâlebenin, iltizâm-ı asl-ı deynden munfasıl olması dahi câizdir. *(Kifâye şerhu'l-Hidâye)*

Sâniyen: Dâyin alacağını kefîle hibe etse sahîh ve kefâlet bi'l-emr olunca kefîlin asîle rücû'a hakkı olur. Halbuki deyn, zimmet-i kefîlde sâbit olmasa, deynin, medyûnun gayrisine hibe ve temlîkine müeddî olmak lâzım gelir; bu ise sahîh değildir. *(Zeylaî)* Zîra ânifen zikrolunduğu üzre deyn, medyûndan başkasına temlîk olunamaz. Meğer ki âhara hîbe ve kabza taslît ve âhar da kabz etsin. (848. maddeye bak.)

Sâlisen: Dâyinin matlûbu mukābilinde kefîlden bir şey satın alması sahîhdir. Halbûki deyn, zimmet-i kefîlde sâbit olmasa bu şirâ, sahîh olmak lâzım gelir. Çünkü ânifen zikrolunduğu vechile bir kimsenin diğer kimesne zimmetindeki alacağı mukābilinde -mezkûr alacak semen-i mebî' kılınarak- şahs-ı sâlisden bir mal iştirâ etmesi sahîh değildir. Bu ikinci ve üçüncü delîlin cevâbı yukarıda mürûr etmişti.

Râbian: "Kefîlin zimmetinde sâbit olan yalnız mutâlebe olup, deyn sâbit değildir." denilse, kefîl bi'l-mâlın vefâtiyle ondan mutâlebe sâkıt olacağından, kefâletin butlânı lâzım gelir idi; kefâlet bi'n-nefsde olduğu gibi. (666. maddeye bak.) Halbuki, kefîl bi'l-mâlın vefâtiyle, kefâletin butlânı lâzım gelmez, mal-ı mekfûlün-bih terekesinden istîfâ olunur. (670. maddeye bak.)

Kavl-i evvele kāil olan ulemâ tarafından buna şu vechile cevâb verilir:

Kefâlet bi'd-deynde kefîl zimmetinde sâbit olan, deyn-i mutâlebedir.

Kefîlin vefâtında bu mutâlebe terekesine ta'alluk eder ve terekeden mutâlebe mümkün olmakla, kefîlin vefâtiyle, kefâlet-i mâliye bâtıl olmaz. Ama kefâlet bi'n-nefsde, kefîl zimmetinde sâbit olan nefsi mutâlebe olmakla, mekfûlün-anhın vefâtiyle nefs-i mekfûlün-bihâ mutâlebe olunmak mümkün olmadığı gibi, buna bedel terekeden mal alınmak dahi mümkün olamaz.

Hâmisen: 626. madde hükmünce, kefîle kefîl olmak sahîh olup, kefîl-i sâninin kefâleti, kefîl-i evvelin emriyle olduğu sûretde kefîl, deyni edâ ettiğinde kefîl-i evvele mürâca'at eder; yoksa asîle mürâca'at edemez. Kefîl-i evvel zimmetinde deyn sâbit olmamış olsa, sûret-i mezkûrede kefîl-i sânînin kefîl-i evvele adem-i mürâca'atı lâzım gelirdi. Çünkü mürâca'at îfâ-yı deyn ile emir üzerine müteferri' bir mes'ele olduğu 1506. maddede mezkûrdür.[6]

Fakat bu ikinci kavle kāil olan ulemâ üzerine ber-vech-i âtî i'tirâz olunduğu gibi cevâb dahi verilmiştir; şöyle ki:

Deyn, kefîl zimmetinde dahi sâbit olsa; diğer bir ta'birle "Dâyinin asîldeki alacağı on altın olunca kefîlin zimmetinde dahi on altın sâbit olur." denilse, dâyinin alacağı on altın iken yirmi altın olması ve iki kat olarak istîfâ edilmesi îcâb eder. Halbuki deyn-i vâhidin iki defâ istîfâsı mümkün değildir. (1651. maddeye bak.)

Buna cevâben denilir ki, bir deynin iki kimseden istîfâsı mezkûr 1651. maddede zikrolunduğu vechile câiz değil ise de, iki kimseden herhangisi deyni îfâ ederse, diğeri berîü'z-zimme olmak üzre bir deynin o iki kimse zimmetinde sübûtiyle matlûb, dâyinin tezâ'uf eylemesi lâzım gelmez. (*Zeylaî*). Bunun emsâli Şer'-i Şerîf'de kesîrdir. Gāsıb ve gāsıbü'l-gāsıb gibi. 910. maddede mezkûr olduğu vechile ikisi de bedel-i mağsûbu zâmin ve ikisi zimmetinde deyn sâbit olur. Halbuki mağsûbun-minhin hakkı yalnız bir bedelde olarak, ancak birisinden istîfâ edebilir.

---

6 فالحاصل ان ثبوت الدين فى الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز ان يعتبر الشئ الواحد فى ذمتين. (فتح, فى اول الكفالة)

Meselâ bir kimse diğer kimesneden bir mal gasbedip de, mezkûr malı ol kimseden dahi mağsûbun-minhin, yâni o kimesnenin garîm ve dâyini gasbetse, mağsûbun-minh muhayyerdir; dilerse gāsıb-ı evvele, isterse gāsıb-ı sâniye tazmîn ettirir. Evvele tazmîn ettirirse ikincisi berî olmaz; amma sâniye tazmîn ettirirse, evvel berî olur. *(Şiblî)* Fakat asîl ve kefîlin gāsıb ve gāsıbü'l-gāsıba nisbetinde fark vardır; şöyle ki: 644. madde hükmünce dâyin alacağını dilerse esîldan ve dilerse kefîlden ve isterse bir miktarını esîldan ve bir miktarını kefîlden mutâlebe ve ahza hakkı olduğu halde, mağsûbun-minh, gāsıb ve gāsıbü'l-gāsıbdan hangisinden tazmîni ihtiyâr ederse, İmam-ı A'zam ile İmam Muhammed (Rahimehüma'llahü Te'âlâ)'e göre diğeri berî olur. Yâni mağsûbun-minh gāsıba tazmîni ihtiyâr eylediğinde artık gāsıbdan hakk-ı tazmîni kalmaz. Zîra herhangisinden ihtiyâr-ı tazmîn, mağsûbun ona temlîkini îcâb eder. *(Redd-i muhtâr fî evveli'l-kefâle ve Feth)*

Mecelle'nin zâhir-i târîfinden anlaşılıyor ki, bunda kavl-i evvel ihtiyâr olunmuştur. Çünkü "bir şeyin mutâlebesi hakkında..... ilâ âhirihi" "ve onun hakkında lâzım gelen mutâlebeyi..... ilâ âhirihi" diye târîf edilmiştir.[7]

Bahr-i Râik sâhibi ihtilâf-ı mezkûrün semeresi ne olduğuna dâir ulemânın bir şey zikretmedikleri beyâniyle demişlerdir ki, kefîl borcu olmadığına yemin ettiğinde kavl-i evvele göre hânis[8] olmaz ve kavl-i sâniye göre hânis olur.

Mukāyese-i ta'rîfât: *Mecelle*, kefâleti "Bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zamm etmektir." şeklinde târîf ediyor. Fakat kefâleti, bâzı ulemâ "Bir deynin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zamm etmektir." diye târîf eylemişlerdir ki "Bir kimse zâtını diğerin zâtına zamm edip onun hakkında lâzım gelen borcun mutâlebesini kendi dahi iltizâm eylemektir." ma'nâsını ifhâm eder.

Bu târîf yalnız kefâlet bi'd-deyne has ve *Mecelle*'nin mezkûr târîfi ise kefâlet bi'l-ayn, kefâlet bi'n-nefis, kefâlet bi't-teslîme âmm olduğuna binâen *Mecelle*'nin târîf-i mezkûrü, sâlifü'z-zikr târîf üzerine müraccahtır. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Târifin delâlet ettiği ve târîf-i kefâletten istihrâc edilebilen ahkâm, bu târîften yâni "onun hakkında lâzım gelen mutâlebeyi kendi dahi..... ilâ âhirihi" ibâresinden istinbât olunur ki meselâ bir kimsenin bir deyne kefîl olmasiyle asîlin o deynden berâeti lâzım gelmez.

7 Zeylaî dahi kavl-i evveli tercîhan demiştir ki "و الاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولايستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل وصحة الهبة والشراء يجعل الدين الواحد فى حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله اى قبل الهبة والشراء وفى الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما غير عين ولذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك انتهى. ابو السعود فى الكفاله»

8 Yalan yere yemin, yemini bozmak

Havâlede lâzım geldiği gibi. (690. maddeye bakınız.) Meğer ki asîlin berâeti şart edilsin. (648. maddeye bakınız.)

Târifteki "onun hakkında lâzım gelen" ibâresine müteferri' mesâil-i şer'iyye - metn-i *Mecelle*'de "onun hakkında lâzım gelen" denilmesinden, asîl hakkında lâzım olmayan şeyi kefîl iltizâm etse, yâni bir kimse ona kefîl olsa sahîh olmayacağı anlaşılıyor. Buna mesâil-i âtiye teferru' eder.

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Senin hânen yıkılır ise ben zâminim." dese hükmü olmayıp, hânesi yıkılsa bâ-hükm-i hâkim, asîle tazmîn ile icbâr edilemeyeceği gibi kefîle dahi zamân lâzım gelmez.

2. Mes'ele: Vekîl bi'ş-şirâ, akdi nefsine muzâf kılarak bir malı satın aldıktan sonra bâyi' , semen-i mebîi müvekkilden taleb etmekle, birisi, meblağ-ı mezkûra bâyi' için kefîl olsa, yâni mekfûlün-anh, müvekkil kılınsa, bu kefâlet sahîh olmaz. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sâni mine'l-kefâlet.)* Zîrâ 1461. maddenin fıkra-i sâlisesine mebnî semen-i mebî' ile vekil mutâleb olur; yoksa müvekkil değil. Binâenaleyh bu kefâlet ile kefîl, asîl hakkında lâzım olmayan meblağı tekeffül eylemiştir.

3. Mes'ele: Bir kimse hayvanının telefinden korkan misâfirine "Senin hayvanını kurt yerse veya hayvanın helâk olursa ben zâminim." dese hükmü olmaz. Hayvan helâk olsa bile esîla zamân lâzım gelmeyeceği gibi kefile dahi zamân iktiza eylemez.[9] (94. maddeye bak.)

4. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Filan şahsın değirmenini istîcâr et, edeceğin zarar benim üzerime olsun." dese sahîh olmaz. O kimesne mezkûr değirmeni bi'l-istîcar, zarar etse bile o kimse üzerine bir şey lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)* zîra o kimesnenin ettiği zarar onun üzerine mazmûn olmamakla kefîl olan kimse, asîl hakkında lâzım olmayan şeye kefîl olmuş olur.

5. Mes'ele: Bir kimse, diğer kimesnenin hânesi harîkda muhterık olduğunda, bedeli olmak üzre, şu kadar kuruşu o kimesneye vermeyi ta'ahhüd etse sahîh değildir.

6. Mes'ele: Sabî-i mahcûr bir malı bi'l-iştirâ semenine bir kimse kefîl olsa 967. maddenin fıkra-i sâlisesine mebnî bey' nâfiz ve semen-i mezkûr sabîye lâzım ve mazmûn olmayacağı gibi kefîle dahi lâzım olmaz. Yâni kefâlet-i mezkûre sahîh değildir. *(Redd-i muhtâr)*

7. Mes'ele: Bey'-i fâsit ile satılan malın semenine kefâlet câiz değildir. Meselâ bir kimse diğerine cehâlet-i fâhişe ile, mechûl ecele dek mü'eccelen bir mal satıp da, bir şahıs semen-i mebî'a kefîl olsa, kefâlet-i mezkûre sahîh olmaz. Zîra bey' fâsid olduğunda, 371. madde hükmünce asîl üzerine lâzım olan mebî'in aynını veya bedelini zâmin olmaktır;

---

9 لان اصله غير مضمون لحديث جرح العجماً جبار. در مختار ورد محتار.

yoksa semen-i mebî' lâzım değildir. *(Hayriyye fî âhiri'l-kefâle)* Bu sûretde kefîl, asîl üzerine lâzım olmayan şeye kefîl olmuştur.

8. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Şu sabî-i mahcûra mal sat, semenine zâminim." dese de o da bir malı bey' ve sabiye teslîm ve sabî dahi istihlâk etse, ol kimse üzerine bir şey lâzım gelmez. *(Ankaravî fi'l-kefâleti fi'l-faslı's-sâni.)*

Sabî-i mahcûr, ef'âliyle muâhaze olunacağı 960. maddede musarrah olduğuna nazaran "Sabî-i merkūm bunda istihlâkiyle muâhaze olunması lâzım gelir." denilemeyeceği madde-i mezkûre şerhinde verilecek îzâhatdan anlaşılacaktır.

9. Mes'ele: Bir kimse sabî-i mahcûra şu kadar kuruş ödünç verip de bâdehû bir şahıs o meblağa kefîl olsa, kefâlet sahîh olmaz. *(Ankaravî)* Zîrâ, müstakrızın âkıl ve mümeyyiz olması lâzım olduğu cihetle, sabî-i merkūmun istikrâzı sahîh ve sabî üzerine meblağ-ı müstakraz lâzım olmayacağından; kefîlin kefâleti, mazmûn olmayan şey üzerine olur.

Şu kadar var ki; bir kimse diğer kimesneye "Şu sabî-i mahcûra benim sana zâmin olmaklığım üzre şu kadar kuruş ödünç ver, nefsine sarfetsin!" dedikten yâni sabî-i mahcûra para verilmeksizin kefîl olduktan sonra, ol kimesne dahi ol sabîye meblağ-ı mezkûrü verse, kefâlet sahîh olur, *(Ankaravî ve Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)* ve bunda kefîl, müstakrız olarak karzı sabîye teslimini âmir olduğundan, sabî dahi karzı kabzda kefîlin vekili olur. Şu iki mes'ele beyninde fark zâhirdir. Mes'ele-i evvelde kefîl, mazmûn olmayan şeyi zâmin oluyor; mes'ele-i sâniyede ise kefîl müstakrız ve karzı sabîye teslimiyle âmir addolunuyor.

10. Mes'ele: Sabî-i mahcûr bir malı bey' ve semeni kabz ettikten sonra birisi derke[10] kefîl olsa sahîh olmaz. Amma sabî-i merkūm semeni kabz etmeden derke kefîl olsa, kefâlet sahîhdir. *(Hindiye fi'l-mahalli'l-mezbûr)*

613. MADDE

[**Kefâlet bi'n-nefs**] mâlûm [**bir adamın**] teslîm-i [**şahsına kefîl olmaktır.**] *(Abdülhalîm)* Bir kimsenin filan gün teslim etmek üzre diğer kimesnenin nefsine kefîl olması gibi. (642. maddeye bakınız.)

Bu maddeden anlaşılıyor ki, kefâlet bi'n-nefis dahi câizdir. Eimme-i Hanefiyye'nin mezhebleri budur. Eimme-i müşârun-ileyhimin bu cevâza delilleri "Ez-zaîmü gārimün" hadîsi şerîfidir. Bu hadîs-i münîf, hem kefâlet bi'l-mâlın ve hem de kefâlet bi'n-nefsin meşrûiyyetine delildir.

---

10 614. maddeye bakınız

1. Suâl: Kefâlet bi'n-nefsde garm, yâni zamân olmamağla hadîs-i mezkûr ona mütenâvil olmaz.

Cevâb: Garm, lâzım olan zarardan ibârettir. Kefâlet bi'n-nefsdeki lüzûm-ı zarar dahi, nefs-i mekfûlün-bihi ihzâra kefîlin mecbûriyyetidir. *(Zeylaî)*

İşte kefâlet bi'n-nefis, mazmûnun-bihâ olan mekfûlün-anhın ihzârından ibârettir.

2. Suâl: Kefîl bi'n-nefis mekfûlün-anhın teslimine muktedir olamaz. Zîra kefîlin, nefs-i mekfûlün-bih üzerine velâyeti yokur. Bu halde kefîl, teslimine muktedir olamadığı şeyi tekeffül ettiğinden kefâlet-i nefsiyye câiz olmamalı idi.

Cevâb: Kefîlin, nefs-i mekfûlün-bihin mekânını tâlibe bildirerek, tâlib ile mekfûlün-bihin beynini tahliye etmekle teslime kudret-yâb olacağı gibi, a'vân-ı kāzî ve me'mûrîn-i hükûmetten isti'âne ederek dahi teslime muktedir olabilir. *(Hidâye)*

3. Suâl: Kefâlet bi'n-nefis dahi kefâlet bi't-teslîm olduğuna göre, bu kefâlet, 615. maddede mezkûr bulunan kefâlet bi't-teslîmden başka ve müstakil addedilmemek lâzım gelirdi.

Cevâb: Bu iki kefâletin ahkâmı başka başkadır. Kefâlet bi'n-nefsin ahkâmı 642. maddede ve bir de 663. madde ile başlanılan mevâdda ve kefâlet bi't-teslîmin ahkâmı dahi 631. maddede zikrolunuyor.

614. MADDE

[**Kefâlet bi'l-mâl, bir malın**] îfâ ve [**edâsına kefîl olmaktır.**] mal-ı mağsûbe ve deyn-i sahîha bir kimsenin kefîl olması gibi.

Kefâlet bi'l-mâl iki kısımdır:

Birincisi, kefâlet bi'l-a'yân; ikincisi, kefâlet bi'd-düyûndur. *(Zeylaî)*

Diğer bir ta'bîrle kefâlet bi'l-mâl, hem âyânda hem de düyûnda sahîh olur. Çünkü bundaki mal hakîkaten mal ile hükmen ve me'âlen maldan e'ammdır. Nitekim 612. madde şerhinde îzâh olundu.

Hakîkaten mal: Meselâ mâl ayn-ı mağsûbdan, hükmen ve meâlen mal da deynden ibârettir. Zîra deyn kable'l-kabz vasf-ı şer'îden ibâret ve binâenaleyh deyn, mal değil ise de ba'de'l-kabz ayn, müntefe'un-bih ve tasarrufâta kābil olarak mal olduğundan, deynin maliyeti, âkıbet-i kabz i'tibâriyledir.

İşte deynde bu iki sıfat bulunmakla, deynin medyûna hibesi sahîh olup, bunda kabul şart değildir. Bu hüküm, yâni hibe-i mezkûrede kabûlün şart olmaması, deyn, vasf-ı şer'î

ve onu hibe iskāt kabîlinden olarak muskıt ile tamam olduğuna mebnîdir. Fakat reddiyle merdûd olur. Bu hüküm, yâni redd ile merdûd olması, deyn, meâlen mal ve ayn olup bu hibe temlîk olduğuna ve temlîk ise, temellük edecek olan kimsenin reddiyle merdûd olacağına mebnîdir.

"Deyn hakîkaten mal değildir." denildi. Bu cihetle a'yândan asla malı olmayan bir kimsenin, zimem-i nâsda alacakları olduğu halde, malı olmadığına yemin etse yemininde hânis olmaz. *(Bahr, kubeyle'l-hudûd ve Redd-i muhtâr fi'ş-şirket)*

Kefâlet bi'l-a'yân dahi ikiye münkasimdir.

Birincisi, kefâlet bi'l-âyâni'l-mazmûne bi-nefsihâ; mâl-ı mağsûbe ve bedel-i sulh an demi'l-amde [11] kefâlet gibi; ikincisi, kefâlet bi'l-a'yânil-gayri'l-mazmûne bi-nefsihâdır ki bu da iki nev'dir:

> Nev'-i evvel: Gayr-i vâcibü't-teslîm, yâni mal sâhibine iâde etmesi, vâzı'u'l-yed olanlar üzerine gayr-i lâzım olan emânâtdır; vedâyi', emvâl-i mudârebe, emvâl-i şirket gibi.
>
> Nev'-i sânî: Vâcibü't-teslîm ve'r-redd olan emanâtdır; âriyet ve me'cûr gibi.

631. maddede ve şerhinde bu mesâil tafsîl olunur. *(Zeylaî, Ankaravî fi'l-fasli's-sânî ve Redd-i muhtâr)*

615. MADDE

[**Kefâlet bi't-teslîm, bir malın**] bir kimseye [**teslimine kefîl olmaktır.**] 631. maddede mevzû bahs olduğu üzre, kable'l-kabz-ı mebî'; merhûn, me'cûr ve emânat-ı sâirenin teslîmine kefîl olmak gibi. Kefâlet bi't-teslîm a'yânda olabilir. *(Zeylaî)* Buna dâir tafsîlât mârru'z-zikr 631. madde şerhinde beyân olunacaktır.

Kefâlet bi't-teslîm ile kefâlet bi'l-ayni'l-mazmûn arasında hem min haysü'l-mâhiye, hem de min haysü'l-hükm fark vardır; şöyle ki:

614. ve 615. maddelerden münfehim olduğu üzre kefâlet bi'l-ayn, o aynın edâsına kefîl olmaktan ibâret iken, kefâlet bi't-teslîm, bir aynın teslimine kefâletden ibârettir. Bu, min haysü'l-mâhiye farktır ve 631. maddeden münfehim olduğu vechile kefâlet bi'l-aynda o ayn mevcûd ise, kefîl onu sâhibine aynen i'tâ ve teslîme, ve müstehlek ise, bedelini vermeğe mecbûr olup, aynın telefiyle kefîl halâs olmaz. Amma kefâlet bi't-teslîmde o ayn bâkī oldukça, kefîl mutâleb, ve telef olduğunda kefîlden mutâlebe sâkıt olur. Bu min haysü'l-hükm farktır.

11 Bir kimse diğerini kasden katledip de maktulün veresesiyle kātilin diyet üzerine sulh olmaları.

616. MADDE

[**Kefâlet bi'd-derek**] bu, bir lafz-ı mürekkebdir. Kefâletin lugat ve şer' ma'nâları evâil-i mukaddimede geçtiği cihetle, burada "derek" lafzının lugat ma'nâsını beyân edeceğiz.

Derek, fethateynle bir adamın ardından yetişmeye denir. Lihâk ma'nâsına isimdir. Nitekim "E'ûzü billâhi min dereki'ş-şikā" hadîs-i şerîfindeki "min dereki'ş-şikā, min lihâkı'ş-şikā" demektir. "Ra"nın sükûniyle dahi lugattir. Istılâh-ı fukahâda [**mebî' bi'l-istihkāk**] müşteri yedinden [**zabt**] ve ahz [**olunduğu takdirde**] müşterinin bâyi'a verdiği 1- [**akçesini**] -bedel-i mebî'i - müşteriye [**edâ ve teslime**], 2- [**yahut bâyi'in nefsine**] yâni, mebî' bi'l-istihkāk zabt olunduğu takdirde, bâyi'in nefsini müşteriye teslime [**kefil olmaktır.**] münâsib olan "ve teslime" ibâresi hazf edilmelidir. Çünkü kefâlet bi'd-derekin bu kısmı kefâlet bi'l-mâldır. Kefâlet bi'l-mâl ise 614. maddesinde "Bir malın edâsına kefîl olmaktır." sûretinde târîf olunmuştur.

Bu târîften anlaşıldığı üzre kefâlet bi'd-derek iki kısımdır: Birincisi, kefâlet bi'l-mâl; ikincisi, kefâlet bi'n-nefs zımnında tahakkuk eder. Binâenaleyh 612. madde şerhindeki taksîmde, kefâlet bi'd-derek ayrıca kısım addedilmedi. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)* Ancak, 638. maddede zikrolunduğu üzre kefâlet bi'd-derekin kendisine mahsûs bâzı ahkâm-ı şer'iyyesi bulunduğu cihetle, müstakil bir isim ile tevsîm ve ayrıca târîf olundu.

İstihkāk, bir mal gayrin hakkı olduğu zâhir olmaktır ki ikiye münkasimdir.

Kısm-ı evvel: Bi'l-külliyye yâni hiçbir kimsenin hak ve temellükü kalmayacak sûrette müstahakkun-bihdeki mülkiyeti mübtıldır. Mebî'in vakıf veya mescit çıkması gibi. İmdi yed-i müşterideki mebî', vakıf olduğunu mütevellîsi bi'l-iddia isbât ederek, vakfiyyeti taht-ı hükme aldırsa bu istihkāk, o mebî'deki mülkiyyeti ibtâl eder ve bundan sonra o malı temellük etmeye kimesnenin salâhıyyeti kalmaz.

Kısm-ı sânî: Bir kimseden diğer kimesneye mülkiyeti nâkildir. Bir kimsenin satın aldığı malın, diğer kimesnenin mülkü çıkması gibi ki, bu istihkāk o malın mülkiyetini ol kimseden o kimesneye nakl ve tahvîl eyler. *(Redd-i muhtâr fî bâbi'l-istihkāk ve fi'l-kefâle.)*

İstihkākın bu iki kısmında dahi müşteri, semen-i mebî' ile bâyi'ine mürâca'at eder.

İstihkākın tafsîl-i ahkâmı, kütüb-i fıkhiyyede "bâbü'l-istihkāk" ünvânı tahtında beyân olunmuştur. İşte müşteri, semen-i mebî' ile bâyi'ine mürâca'at etmek hakkına mâlik olmakla, müşterinin bu hakkını te'min için kefâlet bi'd-derek meşrû' kılınmıştır.

Bu maddedeki istihkāk iki kısma dahi âmm ve şâmil olduğu 638. madde şerhinde verilecek îzâhattan anlaşılır.

"Akçesini" bu tâbir ihtirâzî değil; belki semen ve bedel-i mebî' makāmında isti'mâl edilmiş olmakla, semen-i mezkûr, gerek nükūd ve gerek nükūdun gayri olsun hüküm birdir. Diğer bir ta'bîrle semen-i mebî' nükūdun gayri olup da biri bu semene kefîl olsa, bu da kefâlet bi'd-derektir. *Mecelle*'de "Akçe" tâbir edilmesi semen-i mebî'in "para" olması ekser olduğuna mebnîdir.

617. MADDE

[**Kefâlet-i münecceze şarta mu'allak ve zeman-ı müstakbele muzâf olmayan kefâlettir.**] Şart-ı mülâyime mu'allak olan kefâlete "Kefâlet-i mu'allaka" denildiği gibi, zeman-ı müstakbele muzâf olan kefâlete dahi "Kefâlet-i Muzâfe" denilir. ***(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-evvel).*** (636. madde şerhine bak.)

Mu'allak lafzı, 82. madde ile şerhinde îzâh olunmuş idi.

Kefâlet-i müneccezeye misâl: "Filan kimesnenin filan şahsa olan şu kadar kuruş borcuna veya filan malın teslimine veya falanın nefsine kefilim." demek gibi. Nitekim 635. maddede zikrolunmuştur. Kefâlet-i mu'allakanın misâli dahi mezkûr 623. maddede mastûr olduğu gibi. Kefâlet-i mu'allaka ve kefâlet-i muzâfenin misalleri dahi 636. maddede muharrerdir.

612. madde şerhinde zikrolunduğu üzre kefâletin, bu madde vechile üçe, -Kefâlet-i Münecceze, Kefâlet-i Mu'allaka, Kefâlet-i Muzâfeye- taksîmi, nefs-i akd i'tibâriyledir.

Bu îzâhattan anlaşılır ki, kefâletin, şart-ı mülâyime ta'lîkı ve zeman-ı müstakbele izâfeti sahîh olur.

618. MADDE

[**Kefil, kendi zimmetini âharın zimmetine zammeden yâni âharın müte'ahhid olduğu şeye**] (mekfûlün-bihe) [**kendi dahi müteahhid**] ve ol şey ile kendi de mutâleb [**olan kimsedir ki ol âhara**] hem [**asîl ve**] hem de [**mekfûlün-anh denir.**] *(Dürer)*. Fakat, kefâlet bi'd-deynde, kefîlin ta'ahhüdüyle asîlin ta'ahhüdü beyninde fark vardır. Zîra kefîlin ta'ahhüd ettiği şey, mücerred mutâlebe iken, asîlin müte'ahhid olduğu şey, hem mutâlebe hem deyndir.

Bu târîf, kefile ve kefîlü'l-kefîle ve benzerlerine şâmil olur ise de, bilâ-emir olan kefâlet bi'n-nefse ve kezâ asîl zimmetinde sâbit olmayıp, mücerred kefîlin ikrâriyle, mütehakkık olan deyne kefâlet şâmil olmaz. Nitekim bu iki mes'ele 612. madde şerhinde îzâh olundu.

619. MADDE

[**Mekfûlün-leh**] diğer bir ta'bîrle, menfa'at-ı kefâlet kendisine ait olan şahıs, [**kefâlet husûsunda tâlib**] yâni hakk-ı talebi [**ve dâyin olan kimsedir**] ki mekfûlün-lehe "tâlib" dahi denilir. (664. maddeye bak.) *(Tenvîr, Dürr-i muhtâr, Redd-i muhtâr fî evveli'l-kefâlet).*

Kefâletten müstefîd olan, mekfûlün-lehdir ki 630. madde şerhinde zikrolunacağı üzre mekfûlün-lehin mâlûm olması şarttır."

Bu maddede "Kefâlet hususunda tâlib olan kimsedir." denmekle kefâletin envâ'-ı selâsesindeki mekfûlün-lehe âmm bir târîf olur ve "dâyin"in tâlibe atfı, atfü'l-hâss ale'l-âmm kabîlinden olarak ma'tûfdan hâsıl olan "Kefâlet husûsunda dâyin olan kimsedir." târîfi, yalnız kefâlet bi'd-deyndeki mekfûlün-lehe târîf olabilir. Bâzı fıkıh kitablarında, "Mekfûlün-leh müdde'î, yâni tâlibdir." diye târîf edildiği halde, diğer bâzılarında dahi "Mekfûlün-leh dâyindir.", sûretinde târîf edilmiştir. Târif-i sânî ehass ise de, târîf-i evvel mu'arrefe müsâvî ve efrâdını câmi'dir. *Mecelle* bu iki târîfin ikisini dahi cem' eylemiştir. Bu cem'de sebep ve fâide yoktur.

620. MADDE

[**Mekfûlün-bih, kefîlin teslîmine**] -Kefâlet bi'n-nefs ve kefâlet bi't-teslîmde olduğu gibi - [**veya edâsına**] -Kefâlet bi'l-mâlda yâni kefâlet bi'l-ayn ve kefâlet bi'd-deynde olduğu gibi- [**müte'ahhid olduğu şeydir ki kefâlet bi'n-nefsde mekfûlün-anh ile mekfûlün-bih bir şeydir.**] *(Tenvîr ve Dürr-i muhtâr)*. Demek ki kefâlet bi'n-nefsde ol şeye hem mekfûlün-bih ve hem de mekfûlün-anh denilir. Fakat, kefâlet bi'l-mâlda mekfûlün-bih ile mekfûlün-anh ayrı ayrı şeylerdir. Mekfûlün-bih mal ve mekfûlün-anh kendisinden hak taleb olunan şahıs -matlûb- dur.

Mekfûlün-bih, kefâlet bi'd-derekin kısm-ı evvelinde semen-i mebî' ve kısm-ı sânîsinde bâyi' olduğu gibi, kefâlet-i mezkûrede mekfûlün-leh, müşteri ve mekfûlün-anh dahi bâyi' olur.

Bu târîf, kefâlet-bi'l-mâl, kefâlet bi'n-nefis ve kefâlet bi't-teslîmdeki mekfûlün-bihe âmm ve şâmil olur. Zîra kefâlet-i mezkûrede, kefîlin teslîmine müte'ahhid olduğu şey, teslîmü'l-ayndır.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE

BÂB-I EVVEL

Akid-i kefâlet hakkında olup iki faslı hâvîdir.

FASL-I EVVEL

[***Rükn-i kefâlet***] yâni envâ'-ı kefâletin rüknüne dâir mevâdd [***hakkındadır.***]

Rükn-i kefâlet, kefîlin îcâbından ibârettir. (Madde-i âtiyeye ve 149. maddeye bakınız.) (*Mecma'u'l-enhur*)

Bey' ve icâre gibi bâzı ukūdda rükün, îcâb ve kabûlün mecmû'u iken kefâlette rükün yalnız îcâb oluyor; fark zâhirdir. Zîra meselâ bey'de iki taraf yekdiğere karşı müte'ahhid yâni, bâyi' mebî'in ve müşteri semenin teslimini mültezim iken, kefâlette ta'ahhüd, yalnız kefîl tarafındandır.

Kefâletin sebebi: Mekfûlün-lehin mahall-i mutâlebeyi teksîr, hakkına vusûlünü teshîl ve ol vechile hakkını te'mîn için kefîl istemesi kefâlete sebepdir.

621. MADDE

[**Yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet**] İmam Ebî Yusuf'a göre hem [**mün'akid ve**] hem de [**nâfiz olur.**] Nitekim kefâlet, mekfûlün-leh cânibinden îcâb ve kefil tarafından kabul ile dahi bi'l-ittifâk mün'akid ve nâfiz olur. (*Ankaravî*)

Kabûlden maksad, mekfûlün-lehin kabûlüdür; yoksa mekfûlün-anhin kabûlü hükümsüz; yâni, vücûdiyle ademi müsâvîdir. Yâni bu da yalnız kefîlin îcâbiyle mün'akid olan kefâlet kabîlinden olur.

Yalnız kefîlin îcâbiyle in'ıkād-ı kefâlete müteferri' mesâil:

1. Mes'ele: Yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet-i nefsiyye ve mâliyye mün'akid olduğundan dolayı meclis içinde mekfûlün-lehin veya mekfûlün-leh tarafından ecnebînin îcâbı kabûl etmesi gibi diğer şeylere hâcet yoktur.

2. Mes'ele: Mekfûlün-lehin gıyâbında dahi kefâlet sahîhdir.

3. Mes'ele: Yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet nâfiz olmasından dolayı yalnız kefîl îcâb-ı kefâlet ettiğinde, bu kefâletin nefâzı gāib olan mekfûlün-lehin veya mekfûlün-anhın rızâsına ve icâzetine mevkūf olmaz. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-kefâlet fi'l-bâbi'l-evvel)* ve 640. maddede beyân olunduğu üzre, kefîl nefsini artık kefâletten ihrâc edemez.

[**Fakat mekfûlün-leh dilerse**] kefâleti [**reddedebilir.**] 660. maddede beyân olunduğu üzre mekfûlün-leh kefili ibrâ edebileceği gibi... Fakat, redd-i îcâbla kefâlet asla mün'akid olmaz. Ama ibrâ ile mün'akid olan kefâlet sâkıt olur.

[**Ve mekfûlün-leh**] îcâb-ı kefâleti [**reddetmedikçe kefâlet**] sahîh ve nâfiz olarak [**bâkī kalır.**] ve artık kendisini kefâletten ihrâc edemez. (640. maddeye bak.)

4. Mes'ele: [**Bu sûrette**] yâni, mekfûlün-leh reddetmedikçe kefâlet bâkī kalacağından [**mekfûlün-lehin gıyâbında**] meselâ [**birinden alacağına bir kimse kefîl olup da haber-i kefâlet kendüye**] -mekfûlün-lehe- [**vâsıl olmadan**] mekfûlün-leh [**vefat etse, kefîl bu kefâletiyle mutâlebe ve muâheze olunur.**]

5. Mes'ele: Sabî-i me'zûnun birinden alacağına bir kimse kefîl olsa, kefâlet sahîh olduğu gibi, sabî-i mahcûrun dahi, birinden matlûbuna bir kimse kefîl olsa, sabî-i merkūm 960. madde hükmünce akdi takabbüle ehil değilse de, kefâletde kabûl lâzım olmadığına mebnî bu kefâlet dahi mün'akid ve nâfiz olur. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim 629. madde şerhinde beyân edilecektir.

Rükün-i kefâletde ihtilâf-ı müctehidîn: Tarafeyn, yâni İmâm-ı A'zam ile İmam Muhammed, in'ıkād-ı kefâletde, mekfûlün-leh ile kefîl arasında îcâb ve kabûlün ikisi de lâzım olup, yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet mün'akid olmayacağına ve İmam Ebî Yusuf ve Eimme-i Selâse, yâni İmam-ı Şâfi'î ve Mâlik ve Ahmed bin Hanbel, in'ıkād-ı kefâletde, mekfûlün-lehin kabûlü lâzım olmayıp, yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet mün'akid olacağına zâhib olmuşlardır.

Fakat İmam Ebî Yusuf'un mezhebinde iki rivâyet vardır: Rivâyet-i ûlâda, kefâlet, yalnız kefîlin îcâbiyle mün'akid ve fakat mekfûlün-lehin kabûlüne mevkūf ve binâenaleyh mekfûlün-leh, kefâleti kabûl etmeden vefat etse kefâlet bâtıl olur. Rivâyet-i sâniyede, kefâlet yalnız kefîlin îcâbiyle hem mün'akid hem de nâfiz ve mekfûlün-lehin kabûlüne gayr-i mevkūf ve mekfûlün-lehin yalnız hakk-ı reddi mevcud bulunduğundan, mekfûlün-leh kefâleti redd etmeden vefat etse, kefâletin sıhhatine halel gelmez.

Bu iki rivâyetin semere-i hılâfı şudur: Mekfûlün-leh kable'l-kabûl vefat etse, rivâyet-i ûlâya göre, kefâlet bâtıl olur. Kefîl hasbe'l-kefâle muâheze ve mutâlebe olunmaz. Ama rivâyet-i sâniyeye göre kefâlet bâtıl olmayıp, kefîl muâheze ve mutâlebe olunur. *(Şiblî)*

Mecelle'de "yalnız kefîlin îcâbiyle mün'akid" denilmesiyle mezheb-i Ebî Yusuf ihtiyar edildiği gibi "nâfiz" denilmesiyle dahi, imam-ı müşârun-ileyhden edilen sâlifü'z-zikr iki rivâyetden, rivâyet-i sâniye ihtiyâr edilmiş olmakla, bu maddenin, müşârun-ileyhin mezhebi üzerine te'sis olunduğu sâbit olur. *(Hindiyye fi'l-kefâlet fi'l-bâbı'l-evvel ve Redd-i muhtâr)*

622. MADDE

[**Kefilin îcâbı yâni elfâz-ı kefâlet, örf ve âdedde ta'ahhüd ve iltizâma delâlet eden sözlerdir.**] (36. ve 37. maddelere bak.) "Kefâlet, zamân, zeâmet, benim üzerime olsun!", "ene kabîlün, ve hamîlün", bi-ma'nâ "kefîlün" ve "ileyye" ve "leke", "ındî hâze'r-racül", ev "aleyye bihi en-üvâfiyeke bihi", ev "aleyye en elkāke bihi", ev "da'hü ileyye" sözleri gibi. *(Tenvîr ve Redd-i muhtâr ve Şiblî)*

Mecelle'nin 168. ve 434. maddelerine münâsib olan bu madde şöyle olmaktır. "Kefaltde îcâb yâni,.....İlâ âhirihi"

[**Meselâ**] bir kimse "Bu adamın nefsine veya şöyle bir deynine [**kefil oldum yahut kefilim veya zâminim**] veya za'îmim veya filanın borcunu iltizam ettim yahut bu adam veya şöyle bir malı benim üzerime olsun." [**dese kefâlet mün'akid olur.**]

Mecelle "misalde kefilim.... İlâ âhirihi" deyip de mekfûlün-bihi hazf etmesi ta'mîm içindir. Yâni bu elfâz, hem kefâlet-i nefsiyyede hem de kefâlet-i mâliyede isti'mâl olunacağına işaret olunuyor.[1]

Kezâ, kefîl bi'n-nefis, mekfûlün-bihi tâlibe teslim ettikten sonra mekfûlün-lehe "Mekfûlün-bihi bırak ben kefâletimde bâkīyim." dese kefâlet mün'akid olur.

Ve kezâ "Filan zimmetindeki alacağını sana vermeden vefat ederse, mezkûr alacağın benim üzerime olsun." dese câiz ve kefâlet-i mâliye mu'allakan mün'akid olur. *(Redd-i muhtâr.)*

Kezâlik, "Filan adama veya nefsine kefilim." veya "Filan adamı zâminim." veya "Filan adam benim üzerime olsun." veya "Pezîr eftem ki filân be-tûr sânem." veya "Âverden filân be-nezdîke tû-ber men." demekle kefâlet-i nefsiyye mün'akid olacağı gibi, bir adamın nısfı veya rubu'ı veya sülüsü gibi cüz-i şâyi'ine yahud "beden" ve "unuk" ve "ceset" ve "baş" ve "ruh" gibi küll-i bedenden tâbir olunur âzâya kefâlet, muzâf kılınmakla dahi

---

1 فاذا ثبت ان هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال يعنى اذا قال ضمنت زيدا او انا كفيل به او هو على او الى يكون كفالة نفس واذا قال ضمنت لك ماله عليه من المال او انا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعا. رد محتار فى الكفالة

kefâlet-i nefsiyye sahîh ve mün'akid olur.[2] (64. maddeye bak.) *(Ankaravî fi'l-faslı'l-evvel mine'l-kefâlet ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr.)*

Amma, filan adamın eline veya ayağına kefilim demek gibi kefâlet, küll-i bedenden ta'bîr olunmayan âzâya muzâf kılınır ise sahîh olmaz. *(Hidâye ve Hayriyye.)*

Bâlâda zikrolunduğu vechile kefâlet, mekfûlün-anhın nısfı ve rubu'ı gibi cüz-i şâyi'ine izâfe edilmekle kefâlet mün'akid olur ise, kefîl, kefâleti nısıf ve rubu' gibi kendisinin cüz-i şâyi'ine nisbet ederek inşâ etse sahîh değildir.

Meselâ bir kimse, "Benim nısfım veya sülüsüm sana kefildir." dese kefâlet mün'akid olmaz. [3] Arabîde "ındî" -ki Türkçede "Bende." demektir- deynde isti'mâl olunduğunda kefâlettir. Meselâ bir kimse medyûnundan alacağını istediğinde, bir şahıs o kimseye "Ondan isteme alacağın bendedir." dese şahs-ı merkūm meblağ-ı mezkûre tekeffül etmiş olacağı gibi, bir kimse diğer kimesneye "Filan şahsı sana teslime kefilim; teslim edemezsem ondaki alacağın bendedir." dese, hem kefâlet-i nefsiyye-i münecceze hem de kefâlet-i mâliye-i mu'allaka mün'akid olur. *(Tenkîh fî evveli'l-kefâle.)*

"Borcum" lafzı elfâz-ı kefâletden midir? Meselâ bir kimse, "Zeyd'in Amr'a olan bin kuruş borcu benim borcumdur." dese, o kimse meblağ-ı mezbûr bin kuruşa kefîl olur mu? Kütüb-i mu'tebere-i meşhûrede buna dâir sarâhat bulunamadı; ancak Akif-zâde mecmuası'nda şöyle mezkûrdür. "Kezâlik borcum, deynim tâbiri, makāmı kefâletde edat-ı iltizâmın pek akvâsı olduğu diyarımızda örf olmakla, makām-ı kefâletde borcum, deynim, "Benden al, ben veririm." tâbirleri kefâlet olmak zâhirdir.

Ama makām-ı kefâlet tâbirimizden gaflet olunmaya ki makām-ı kefâlet "Kefil misin?" diye meselâ sual yahud "Kefîl ol." diye emrolunmak yahud "Bu benim kefilimdir." demek gibi.

"Hulâsa, bunun gibi makamda borcum deynim demek "Belî kefilim kefâlet hasebiyle borç edindim." demektir. İltizamda sarîh ve örf cârîdir. Lâkin bu makamda mücerred "borcum" demek kefâlet olmadığına amel-i cârîdir,... intehâ."

Nitekim ***Dürr-i Sükûkun*** mebhas-ı kefâletinde "Deynimdir." lafzı, elfâz-ı kefâletden olup olmadığı Fetvâhane-i Âlî'den istifsâr olunduğunda, "Meblağ-ı merkūm deynimdir." demesi, elfâz-ı kefâletdendir diye şifâhen cevap verildiği muharrerdir. Lâkin bu mes'elede sarîh bir nakil bulmak lâzımdır.

---

2 لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزء بان يكون بعضها كفيلا وبعضها لا. شلبى. فذكر بعضها شايعا كذكرك كلها. رد محتار.

3 لكن لو قيل ان ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله لم يفترق الحال. نهر, رد محتار

Amma, örf ve âdete ta'ahhüd ve iltizâma delâlet etmeyen sözler ile kefâlet-i maliye veya nefsiyye mün'akid olmaz. Meğer ki mu'allakun-bi'ş-şart olsun. (84. ve 636. maddelere bak.) *(Redd-i muhtâr)*

Meselâ filanda olan alacağını ben vereyim, ben def' veya teslim edeyim, alıvereyim veya kabzedivereyim, benden al, benden bil, "ânçi torâ ber fülânest men be-dehem" "cevâb-ı mal-i tô ber-men" veya "cevâb gûyem" yahut "her çi torâ be-rûy-i âyed ber-men" gibi va'd-i mücerredden ibâret olan ve "eğer ten fülân-ra nemi tüvânem gerden cevâb in mal ber men" gibi kefâlete delâlet etmeyen sözler ile kefâlet mün'akid olmaz. *(Ali Efendi ve Ankaravî fi'l-kefâlet ve Şiblî)*

Kezâ bir kimse diğer kimesneye bir malı bey' ve teslim ettiğinde, o kimse bir şahsa "Bu kimesneyi bilir misin?" dediğinde o şahıs dahi "Bilirim, iyi adamdır." dese, mücerred bu söz ile o şahıs mala kefîl olmuş olmaz.

Kezâlik bir kimse diğer kimesneye "Filan malını bu şahsa sat!" dediğinde o kimesne dahi satsa, bu kadar ile, semen-i mebî'a kefîl olmuş olmaz. *(Ali Efendi)*

Kezâlik bir kimse diğer kimesneye, "Filana olan deynime kefîl ol." deyip, o kimesne de "Olunca ne lâzım gelir." dese bununla kefîl olmuş olmaz.

Bu maddedeki, sözlerdir lafzı kitâbetden ihtirâz için değildir. Binâenaleyh, dilsizin kitâbetiyle dahi kefâlet mün'akid olur. (70. maddeye ve şerhine bak.) Meselâ dilsiz, filan adamın nefsine veya malına kefîl olduğunu yazar ise kefâlet sahîh olur. Kezâlik bir kimse, dilsizin malına veya nefsine kefîl olup da dilsiz dahi kitâbetiyle kabûl etse sahîh olur. *(Mesâile şettâ fi'l-kefâlet min Dürri'l-muhtâr ve Hindiyye)*

Nitekim, kabûl etmese dahi reddetmeyince sahîh olacağı gibi... (621. maddeye bakınız.)

Kefâlet-i nefsiyyenin mâliyeden ednâ olması: Kefâlet-i nefsiyye kefâlet-i maliyeden ednâdır. Bu cihetle bir kimse filana kefilim diyerek ale'l-ıtlâk zikrolunduğunda, kefâlet-i nefsiyyeye mahmûl, ta'bîr-i diğerle, nefsine kefilim demeğe masrûf olarak, kefâlet-i nefsiyye mün'akid olur; meğer ki bu kefâlet, kefâlet bi'l-mâl olduğuna karîne bulunsun. O halde kefâlet bi'l-mâl olur. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet ve Şiblî)*

Yine bu cihetle, kefâlet bi'l-mâl beyyinesiyle kefâlet bi'n-nefs beyyinesi cem' olsa, kefâlet bi'l-mâl beyyinesi tercîh olunur. (1762. maddeye bak.) *(Behce)*

Amma "Filanın deynine kefilim." diye tasrîh ederek kefâlet etse, kefâlet-i mâliye mün'akid olur. Yoksa bu sûretde "Kefâlet-i nefsiyye ednâdır; binâenaleyh kefâlet-i nefsiyye mün'akid olur." denilemez. *(Redd-i muhtâr)*

623. MADDE

[**Va'd-i mu'allak**] yâni, sûret-i ta'lîkı iktisâ eden va'd [**ile dahi kefâlet sahîh olur.**] ama va'd, mu'allak değil ise, kefâlet sahîh olmaz. *(Redd-i muhtâr)*[**84. maddeye**] ve şerhine [**bak**]

Buna müteferri' mesâil:

Evvelen: [**Meselâ**] bir kimse diğer kimesneye [**filan adam senin alacağını ödemez ise ben öderim dese kefâlet**] kefâlet-i maliye mün'akid [**olur, ve**] binâenaleyh [**dâyin alacağını isteyip de medyûn**] -o adam- [**vermese**] yahut vermeden vefat etse, hemen o saatte kefîl üzerine mal lâzım olmakla, mal-ı mekfûlün-bihi [**kefilden mutâlebe eder.**] İmdi mâdde-i ânife şerhinde îzâh olunduğu üzre "Ben vereyim." gibi va'd-i mücerredden ibâret bulunan lafız ile kefâlet mün'akid olmadığı halde, sûret-i ta'lîkı iktisâ ettiği cihetle lafz-ı mezkûr ile kefâlet mün'akid olur. Zîra, mezkûr 84. madde şerhinde zikrolunduğu üzre va'adler sûret-i ta'lîkı iktisâ ettiğinde, kendisinden iltizâm ve ta'ahhüd ma'nâsı zâhir olur.

"İsteyip de vermese" amma 82. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, isteyip de vermemesi yâni şart sâbit olmadıkça ona mu'allak olan kefâlet dahi ma'dûm olur. (636. maddeye bak.)

Sâniyen: Bir kimse diğer kimesneye "Medyûnun Zeyd, alacağını filan zemana kadar vermezse ben vereyim." dedikten sonra, müddet-i mezkûre mürûr edip, medyûn vermese kefîl mutâleb olacağı gibi, "Filan ile mübâya'a et parasını vermez ise ben veririm." dese, kefâlet mün'akid ve bâyi' ba'de'l-bey' müşteriden semeni taleb ettiği halde vermese, kefilden mutâlebeye hakkı sâbit olur.

Sâlisen: "Medyûnunu yarın teslim edemez isem borcunu ben veririm." dese de yarın medyûnu teslim edemese va'd-i mu'allaka binâen borcunu vermesi lâzım gelir. İşbu madde 636. maddede beyân olunan "kefâlet-i mu'allaka" olduğu cây-ı iştibâh değildir. Binâenaleyh bu maddenin müeddâsı mezkûr 636. madde ile îfâ ve ifâde olunuyor. Bu sûretde bu madde, 636. madde ile mükerrer addolunur.

Amma va'd, mu'allak değilse kefâlet sahîh olmaz. Binâenaleyh bir kimse diğer kimesneye "Filanda olan şu kadar kuruş alacağını be-dehem." demesiyle kefîl olmuş olmaz. Zîra bunlar örf ve âdetde ta'ahhüd ve iltizâma delâlet etmeyip mücerred va'adden ibârettir. Va'd-i mücerredin îfâsı lâzım olmaz. *(Hindiyye fi'l-kefâlet fi'l-bâbi's-sânî fi'l-faslı'l-evvel)* (622. madde şerhine bak.)

Râbian: Bir kimse filana olan borcunu kendi malından ödemesini diğer kimesneye emredip de o kimesne dahi va'detmiş iken te'diye etmese, îfâ-yı deyne icbâr edilemez. *(Hindiyye fî şettâ'l-kefâlet.)* (1511. maddeye bak.)

624. MADDE

[**Bu günden**] veya bu sa'atten [**filan vakte kadar**] filana veya filanın borcuna [**kefilim dedikde,**] evvelki sûretde kefâlet-i nefsiyye veya ikinci sûretde kefâlet-i mâliye [**muvakkate olarak müneccezen mün'akid olur.**] Bu şerhden müstefâd olacağı üzre kefâlet-i muvakkate kefâlet-i mâliyede olabileceği gibi kefâlet-i nefsiyyede dahi olabilir. Nitekin kefâlet bi't-teslîmde dahi olur.

Kefâlet-i muvakkate hakkında tafsîlât: Bu maddenin tafsîli şudur: Elfâz-ı kefâletde dört sûret vardır:

Sûret-i ûlâ; ya "min" ve "ilâ" ma'nâları zikr, yâni mebde' ve müntehâ ta'yîn olunur. Bu maddede olduğu gibi ki "den" tâbiri "min" ma'nâsı ve "kadar" tâbiri "ilâ" ma'nâsıdır- bu sûretdeki kefâlet, bi'l-ittifak kefâlet-i muvakkate olur. *Mecelle*'de zikrolunan işte budur. Bu günden bir aya kadar kefilim demek gibi.

Sûret-i sâniye: Ya hiçbiri zikrolunmaz. Yâni ne "ilâ" ne de "min" veya ma'nâları ve tâbir-i diğerle, ne mebde' ne de müntehâ zikrolunur. Filan adama veya borcuna üç gün kefilim veya "pezîr-eftem tün fülân râde rûz" veya "kefeltühü şehren ev selâse eyyâm" demek gibi. İşbu ikinci sûretdeki kefâlet dahi, sûret-i ûlâ gibi muvakkate olarak bunlarda âtî 639. maddenin hükmü cârîdir. Fakat bu ikinci sûretdeki kefâlet,kefâlet-i muvakkate olmayıp ebeden kefîl olacağını dahi, bâzı ulemâ zikr ve beyân eylemişlerdir. İşbu ikinci sûret *Mecelle*'de zikrolunmamıştır.

Sûret-i sâlise; yahut yalnız "ilâ" veya ma'nâsı -müntehâ- zikrolunup mebde' "min" zikrolunmaz. "Filan adama veya borcuna bir aya kadar kefilim." veya "***kefeltühü ilâ şehrin***" demek gibi. Bu üçüncü sûret, kefâlet-i muvakkate değil, belki kefâlet-i mü'eccele olmakla, kefîl o vakitten, yâni misâl-i mezkûrde bir aydan sonra kefîl olup kefîl-i merkûm vakt-i mezkûra kadar kefâlet ile mutâleb olmaz. Belki, vakt-i mezkûr mürûrundan sonra mutâleb olur; ve vakt-i mezkûr mürûriyle kefîl kefâletden berî olmaz. Zîra bu sûretdeki tevkīt, yâni zikr-i müddet, te'hîr-i mutâlebe içindir. Yoksa tevkīt, kefâlet için değildir ki: *Behce*'de dahi bu vechile iftâ edilmiştir. Şu kadar ki bu sûretde kefîl, müddet-i mezkûreden sonra, kendisinin kefâletden berâetini şart etse, yâni bir kimse, "Filan adama veya malına üç güne kadar kefilim ve ondan sonra kefâletden berîyim." dese, asla yâni, ne üç gün içinde ve ne de üç gün mürûrundan sonra kefîl olmaz. Lâzım olmayacak sûretde kefîl olmakta hîle budur. Çünkü "kadar" demesiyle üç gün içinde kefîl olmayacağı gibi ondan sonra da kefâletden berâet şart olunduğu cihetle şart-ı mezkûr muktezâsı olarak o müddeden sonra dahi kefîl olmaz. *(Ankaravî, Hindiyye, Redd-i muhtâr ve Şürünbülâlî)*[4]

---

4 Lakin sûret-i selâse-i mezkûrenin küllîsinde, kefâlet-i muvakkate olması sûretini bi'l-ihtiyar *Redd-i muhtâr* sahibi demiştir ki: قلت وينبغى عدم الفرق بين السور الثلاث فى زماننا كما هو قول ابى يوسف والحسن الناس اليوم لايقصدون

Sûret-i râbia; yalnız min -mebde'- zikrolunup, müntehâ zikrolunmamaktır.

Bu sûretde iki ihtimal vardır:

İhtimal-i evvel: Mebde' bugün olmakdır. "Bu günden i'tibâren kefilim." demek gibi. Bu, kefâlet-i münecceze olur.

İhtimâl-i sânî: Mebde' gelecek bir zeman olmaktır. "Gelecek aydan i'tibâren kefilim." demek gibi. Bu kefâlet, muzâfe olur. Bunlar kefâlet-i muvakkate değildir.

Hulâsa: Birinci sûret kefâlet-i muvakkate olduğu *Mecelle*'de musarrah bulunduğu gibi, üçüncü sûret dahi kefâlet-i muvakkate olmadığına dair meşâyih-ı İslâmiyye tarafından iftâ edilmiş olup dördüncü sûret ise kefâlet-i muvakkate olmadığı cây-ı iştibâh olmamakla, ihtilaflı olarak ikinci sûret kaldı.

625. MADDE

[**Kefâlet, mutlak**] yâni te'cîl, taksît, ta'cîl şartı gayr-i mezkûr [**olarak mün'akid**] ve bu gibi kefâlet. "Kefâlet-i mürsele" [**olduğu gibi, ta'cîl veya**] müddet-i mu'ayyene dek [**te'cîl kaydiyle yâni hemen yahut filan vakitte îfâ**] -edâ ve teslîm- [**olunmak üzre deyü mukayyed olarak dahi mün'akid olur.**] ***(Hindiyye fi'l-faslı'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî fi'l-kefâlet).*** "...hemân" kelâmiyle ta'cîl "veyahut filan vakitde" kelâmiyle te'cîl tefsîr olunmuştur.

Te'cîl olunan kefâlette ecelin ma'lûm, ta'bîr-i diğerle cehâlet-i fâhışe ile gayr-i mechûl olması ecelin mu'teber olmasında şarttır. Nitekim metn-i *Mecelle*'de "filan vakte kadar" denilmesiyle buna işaret olunmuştur.

Binâenaleyh kefâletin, cehâlet-i fâhışe ile, mechûl ecele dek te'cîli sahîh olmayıp, ecel bâtıl ve kefâlet mutlak olarak mün'akid yâni kefâlet-i mezkûre hiç ecel zikrolunmamış gibi "mürsele" olur. Rüzgâr esinceye veya yağmur yağıncaya kadar te'cîl gibi.

Amma ecelin, cehâlet-i yesîre ile mechûliyyeti sıhhat-i te'cîle mâni' olmaz; binâenaleyh kefâletin vakt-i hasâd ve savm-ı Nasâra gibi ecele dek te'cîli sahîhdir, ***(Redd-i muhtâr ve Hindiyye).*** Ve meselâ vakt-i hasâdın evvelinde ecel hulûl etmiş olur.

Eceldeki cehâlet-i yesîre ve cehâlet-i fâhışe ber-vech-i âtî îzâh olunur.

Kefâletdeki mechûl ecel, âcâl-i müte'ârifeden olmadığı halde nazar olunur. O ecelin fi'l-hâl hulûlü aslâ ümit olunmaz ise, ecel câiz olur. Koyun kırkımı, bağ bozumu, harman ze-

---

بذلك الا توقيت الكفالة بالمدة وانه لا كفالة بعدها ز قد تقدم ان مبنى الفاظ الكفالة على العرف والعادة ثم رأيت فى الذخيرة قال وكان القاضى الامام الاجل ابو على النسفى يقول قول ابى يوسف اشبه بعرف الناس اذا كفلوا الى مدة يفهمون بضرب المدة انهم يطالبون فى المدة لا بعدها انتهى.

manı gibi. O ecelin fi'l-hâl hulûlü me'mûl ise ecel câiz olmaz. Rüzgâr esinceye, yağmur yağıncaya dek te'cîli gibi. Buna dâir 248. madde şerhinde bâzı îzâhât verilmişti.

Kefâlet-i mutlakanın hükmü 652. maddede ve kefâlet-i mukayyedenin hükmü dahi 653. ve 654. maddelerde zikrolunmuştur.[5]

626. MADDE

[**Kefile kefîl olmak sahîhdir.**] *(Redd-i muhtâr)* ve bu kefîlü'l-kefîlin hükmü, kefîlin hükmü gibidir.

Kefâlet, gerek mâliye olsun. Bir kimsenin diğer kimesnenin borcuna kefîl olup da başka bir şahıs dahi ol kimsenin kefâletinden dolayı zimmetine lâzım gelen meblağın mutâlebesine kefîl olmak gibi. Bu maddede kefile kefîl olmaklığın sıhhati ve 645. madde ile 647. maddenin fıkra-i sâlisesinde bu vechile vâki' olan kefâletin hükmü beyân olunuyor. *(Redd-i muhtâr ve Hayriyye)*

Kefâlet, gerek nefsiyye olsun. Bir kimse diğer bir kimesnenin nefsine kefîl olduktan sonra bir şahıs gelip de, filan vakit teslim etmek üzre ol kimsenin nefsine ve teslim edemez ise o kimesnenin borcuna kefîl olsa, iki kefâlet dahi sahîh olur ki; birisi, kefâlet-i nefsiyye-i münecceze diğeri de kefâlet-i mâliye-i mu'allakadır. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-faslı'l-hâmis mine'l-kefâlet)*. Kefâlet, gerek kefâlet bi't-teslîm olsun...

Mecelle'nin şu "Kefile kefîl olmak sahîhdir." ibâresi kefîlü'l-kefîle şâmil olduğu gibi kefîl-i kefîlü'l-kefîle ve hâkezâya dahi şâmil olur.

Birinci kefîl mala kefîl olduğunda, ikinci kefîl evvelki kefîlin zimmetine lâzım gelen mutâlebeye kefîl olması câiz olduğu gibi, ikinci kefîl, evvelki kefîlin -mala kefîl olanın- nefsine kefîl olması dahi sahîhdir. Amma evvelki kefîl, nefse kefîl olunca ikinci kefîl dahi evvelki kefîlin nefsine kefîl olur.

627. MADDE

[**Kefilin**] ve keza mekfûlün-lehin iki, üç ve daha ziyâde olması ve ol vechile [**ta'addüdü câizdir.**] Zîra kefâletin hükmü istihkâku'l-mutâlebedir. İstihkâk-ı mezkûr ta'addüde

5 قال فى الهنديه ويجوز تأجيل الكفالة الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الاجال فى ذلك على السواء وهل يثبت الاجل ان كان من الاجال المتعارفة يثبت سواء كان اجلا يتوهم حلوله للحال او لا يتوهم كما لو كفل بنفس رجل الى ان يقدم المكفول له من سفره وان لم يكن من الاجال المتعارفة ان لم يتوهم حلوله للحال اصلا كما لو كفل الى القطاف اولى النيروز او الى الحصاد او الى الدياس جاز ويثبت الاجل وان كان يتوهم حلوله للحال لايثبت الاجل كما لو كفل بنفس فلان الى ان تهب الريح او الى ان تمطر السماء انتهى.

muhtemel olur. Meselâ bir kimsenin Zeyd'den olan alacağının mutâlebesi Zeyd'den ve Amr'dan olmağa sâlih olduğu gibi, bunlardan başka Bekir ve Beşir'den olmağa dahi sâlihdir. Bu cihetle bir kimsenin bir şeye kefâletinden sonra diğer kimesne dahi ol şeye kefîl olmasiyle, kefîl ol kefâletden kurtulamaz. Gerek kefâlet bi'l-mâl, gerek kefâlet bi'n-nefs veya kefâlet bi't-teslîm olsun. Bu sûretde 647. maddedeki ahkâm cârî olur. *(Mecma'u'l-enhur)*

Binâenaleyh bir kimse, diğer kimesnenin nefsine bir şahsı kefîl aldıktan sonra diğer bir adamı dahi o kimesnenin nefsine kefîl alsa sahîh ve ikisi de ayrı ayrı kefîl olmuş olur. *(Hidâye)*

Mekfûlün-lehin ta'addüdü dahi câizdir; bir kimse bir adama kefîl olabileceği gibi iki veya üç veya daha ziyâde adamlara dahi kefîl olabilir. Nitekim düyûn-ı kesîreye kefâlet dahi câiz olur.

Bu madde ile madde-i ânife beyninde fark vardır. Bu maddede mevzû-bahs olan doğrudan doğruya mekfûlün-anh için kefîl olanın ta'addüdüdür. Amma madde-i ânifede dahi ta'addüd var ise de doğrudan doğruya mekfûlün-anha olan kefîl ta'addüd etmiyor.

FASL-I SÂNÎ

[*Şerâit-i kefâlet*]e dâir mesâil [*beyânındadır.*]

Bu şerâit vücûden ve ademen dört şeyde aranır:

Birincisi: Kefilde. Bu dahi madde-i âtiye vechile evvelâ, kefîlin âkıl ve bâliğ; sâniyen, kefîlin rızâsı; sâlisen, kefîlin mekfûlün-lehin gayri olması; râbian, kefîlin maraz-ı mevt ile marîz bulunmamasından ibârettir.

İkincisi: Mekfûlün-anhde. 629. ve 633. maddelerde zikrolunduğu üzre bu da evvelen, mekfûlün-anhin mâlûm olmasından; sâniyen, mekfûlün-bihin nefis veya maldan hangisi olduğunun bilinmesinden; sâlisen, mekfûlün-anhin âkıl ve bâliğ olmasının adem-i lüzûmundan ibârettir.

Üçüncüsü: Mekfûlün-bihde. 630. ve 631. maddelerde beyân edildiği üzre bu da evvelen, mekfûlün-bih nefis ise şahsan ve mekânen mâlûm olmasından; sâniyen, mekfûlün-bih mal ise, mâlûmiyyetinin adem-i iştirâtından; sâlisen, mekfûlün-bih mal ise, asîl üzerine mazmûn; râbian, mekfûlün-bihin makdûru't-teslîm ve kefilden istihsâli mümkün bulunmasından ibârettir.

Dördüncüsü: Mekfûlün-lehde. 629. madde şerhinde mezkûr olduğu üzre bu da mekfûlün-lehin mâlûmiyyetinden ibârettir.

628. MADDE

[**Kefâletin in'ıkādında kefîlin**] teberru'a ehil yâni [**âkıl ve bâliğ olması şarttır. Binâenaleyh**] -âkıl olması şart olduğuna binâen- [**mecnûn ve ma'tûh**], bâliğ olması şart olduğuna binâen me'zûn veya gayr-i me'zûn [**sabînin**] bir deyne veya nefse veya teslîme [**kefâleti sahîh**] ve kefâlet mün'akid [**olmaz.**] Diğer bir ta'bîrle bu kefâlet bâtıl olup velisinin veya ba'de'l-bülûğ ve'l-ifâka kendisinin icâzetine tevakkuf etmez.[6] (966. maddeye ve 927. maddenin fıkra-i sâniyesine bak.)

Hatta bir kimse, diğer kimesneye olan borcuna, mürâhik ve tâcir oğluna kefâlet ettirse, kefâlet-i mezkûre bâtıl olur. *(Eşbâh)* Zîra kefâlet teberru' olup sabî ise teberru'a ehil değildir. Kefâlet bilâ emir olunca teberru' olduğu zâhirdir. Fakat kefâlet bi'l-emir olduğunda yine sabîye muzırrdır. Çünkü ihtimal ki sabî, tâlibe verdiğini âmirinden alamaz. [**Ve**] bir kimse [**sabî**] veya mecnûn [**iken**] nefse veya mala veya teslime [**kefil olup da ba'de'l-bülûğ**] ve'l-ifâka hâl-i sabâvetinde veya hâl-i cinnetinde vukû bulan [**kefâleti mukırr olsa**

---

6 لعدم الاهلية فلا يحتمل النفاذ. شبلى

dahi] kefâlet-i bâtıleyi ikrâr olmakla [**anınla**] yâni bu ikrâr ile mukırr [**muâheze olunamaz.**] Meğer ki ba'de'l-bülûğ veya ba'de'l-ifâka tecdîd-i kefâlet olunsun. *(Hamevî)*

İstisnâ: Fakat sabînin şu mes'elede kefâlet etmesi sahîhdir. Şöyle ki: Sabînin velîsi veya vasîsi nafaka veya kisve gibi sabînin levâzim-i zarûriyyesi için istikrâz veya sabî için bir şey iştirâ edip de mala yâni deyne kefâlet etmesini sabiye emretmekle, o da mala kefîl olsa sahîh, ve sabî kefâlet-i mezkûresiyle mutâleb olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-kefâlet).* Zîra bu gibi deyn kable'l-kefâle bile sabînin malına râci' ve kefâlet-i mezkûre yalnız evvelce sâbit olan mutâlebeyi te'kidden ibâret olmakla bu kefâlet teberru' sayılmaz.

Amma böyle emir ile sabî velînin nefsine kefîl olsa sahîh olmaz. Zîra kable'l-kefâle sabî üzerine nefs-i mekfûlün-bihin teslimi lâzım olmadığından bu gibi kefâlet teberru' olur. Sabî ise teberru'a ehil değildir. *(Redd-i muhtâr ve Dürr-i muhtâr).*

Şu halde kefîl "Hâl-i sabâvetimde kefîl olmuşdum." ve tâlib, "Hâl-i bülûğunda kefîl olmuşdun." diye ihtilâf ettiklerinde söz kefîlin ve tâlib ikāme-i beyyineye muhtâc olur. (77. maddeye bak.)

Kezâ kefîl, "Mecnûn iken kefîl olmuştum." ve tâlib "Akıllı iken kefîl olmuştun." diye ihtilâf ettiklerinde, kefilden mecnûnluğun sebkı ma'rûf ise, söz kefîlindir; ama ma'rûf değil ise söz tâlibindir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-kefâlet ve Ankaravî).*

İkrahla kefâlet: Sıhhat-i kefâlette kefîlin rızâsı şarttır. Binâenaleyh, ikrâh-ı mu'teber ile olan kefâlet bi'l-mâl veya kefâlet bi'n-nefs veya kefâlet bi't-teslîm mu'teber olmaz. (1006. maddeye bak.) *(Mecmû'a-i cedîde bi-ziyâde)*

Meselâ bir kimsenin borcuna kefîl olması için diğer kimesneye ikrâh ve icbâr olunmakla, o kimesne dahi o borca kefâlet etse, ol kimesne bu kefâletle muâheze ve mutâlebe olunmaz. *(Tenkîh)*

Kefâlet-i marîz: Kefîlin maraz-ı mevt ile marîz olmaması dahi şarttır. (1605. maddeye bak.) Zîra marîz, sülüs-i malından ziyâde teberru'a mâlik ve muktedir değildir. *(Zeylaî)*

İmdi, marîzın kefâleti ya ecnebiye olur; bunun ahkâmı, ber-vech-i âtî tafsîl olunur. Şöyle ki: Maraz-ı mevt ile marîzın, ecnebiye olan kefâlet-i mâliyesi, ancak sülüs-i malından mu'teberdir. Veresenin icâzeti olmadıkça ziyâdesinde bâtıldır. Binâenaleyh terekesi müstağrak-ı düyûn olan marîz, birinin alacağına kefîl olsa, kefâletin hükmü yoktur.

Nitekim marîzın hîn-i kefâletinde deyni yok iken ba'de'l-kefâle marîz, bir ecnebiye terekesini istiğrak eder bir sûrette borç ikrar etse, kefâletin yine hükmü olmaz ve mukarrun-leh mecmû'-ı terekeyi alacağı mukābilinde zabt, yâni ondan alacağını istîfâ eyler. Tereke, müstağrak-ı düyûndan olmayıp, belki mekfûlün-bih, kefîl-i merkūmun sülüs-i malından çıkar ise, tekmilini; çıkmaz ise, çıktığı mikdarını dâyin istîfâ eder. Şu kadar var

ki marîz-ı merkūm hâl-i marazında "Hâl-i sıhhatinde filan ecnebiye kefîl olduğunu" ikrar eder ise, mecmû'-ı malından mu'teberdir.Nitekim 1605. maddede beyân olunmuştur. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet ve Hindiyye)*

Marîzın kefâleti ya vârise olur; bu sûret mârru'z-zikir 1605. maddede zikrolunuyor. Ancak, kefâlet bir şart üzerine hâl-i sıhhatta ta'lîk olunup da, mezkûr şart ba'de'l-maraz vücut bularak, 82. maddeye mebnî, marîza zamân lâzım gelse, bu kefâlet, hâl-i sıhhatteki kefâlet hükmündedir.

Meselâ bir kimse hâl-i sıhhatte "Filan kimesne, filan şahıs için ne ikrâr eder ise benim üzerime olsun." diye kefîl oldukdan sonra, maraz-ı mevt ile hasta olup da, yahut vefât edip de, ba'dehû o kimesne o şahıs için bin kuruş borç ikrar etse, kefîlin cemî' malından lâzım gelir. Bu kefâlet, maraz-ı mevtindeki kefâlet hükmünde değildir.[7]

Şu kadar var ki, kefâlet-i nefsiyye mal değildir.

Binâenaleyh, maraz-ı mevt ile marîz olan kimse, vârisini kefâlet-i nefsiyyeden ibrâ etse sahîh olacağı gibi, ecnebiyi kefâlet-i nefsiyyeden ibrâ ettiğinde bu dahi sahîh ve sülüs-i maldan i'tibârı gayr-i lâzım olur.

Nitekim terekesi müstağrak-ı düyûn olan marîz, kefâlet-i nefsiyyeden birini ibrâ etse sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-faslı's-sâlis.)* Amma terekesi müstağrak-ı düyûn olan marîz, kefâlet-i mâliyeden birini ibrâ etse sahîh olmaz. (1571. maddeye bak.)

629. MADDE

[Mekfûlün-anhın] veya mekfûlün-lehin **[âkıl ve bâliğ olması]** kefâletin in'ıkād ve nefâzında **[şart değildir.]** zîra bu gibi kefâlette mekfûlün-anha bir gûna zarar olmayıp belki kefîl, meselâ sabînin borcunu hasbe'l-kefâle edâ ettiğinde, müteberri' olacağı cihetle, sabîye mûcib-i menfa'at olur. **[Binâenaleyh]** âkıl ve bâliğ olan kimsenin nefsine veya malına kefâlet sahîh ve nâfiz olduğu gibi **[mecnûn ve]** âkıl veya gayr-i âkıl veya me'zûn **[sabînin]** nefsine veya **[borcuna]** ve malına **[kefâlet sahîh]** ve nâfiz ve kefîl mekfûlün-bih ile mutâleb **[olur.]** Lâkin kefîl bunların borçlarını te'diye ettiğinde onlara rücû' edemez. Kefâlet, gerek anların emriyle, gerek bilâ emir olsun. Kefâlet emirleriyle olunca rücû' edemiyor. Zîra sabî ile mecnûnun ikrârları 1573. madde hükmünce sahîh olmamakla, kefâletle emirleri dahi sahîh olmaz. Kefâlet bi-dûni'l-emir olduğunda dahi rücû' edemiyor. Zîra mekfûlün-anhin emri olmaksızın kefâlet teberrû'dur. (657. maddeye ve şerhine bak.) Hatta bir kimse, sabî veya mecnûndan bir şey taleb ettiğinde, velî veya vasînin emir ve izni olma-

---

7 ويخاصم المكفول له غرماء الكفيل. هنديه فى الباب الثانى فى الفصل الخامس من الكفالة, وهامش انقروى.

dan bir şahıs, sabî veya mecnûn-ı merkūmun nefsine veyahut borcuna kefîl olsa sahîh olur. Kefâlet bi'n-nefsde kefîl, sabînin mekfûlün-lehe teslîmini istediğinde kefâleti, vasîsi veya velîsinin veyahut sabî me'zûn olup da onun emriyle ise, bi'l-icbâr yâni mekfûlün-anh olan sabiye cebredilerek ihzâr ve teslîm edebilr. Ve illâ huzura ve nefsini mekfûlün-lehe teslîme, sabî-i merkūm icbâr edilemez. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-kefâlet.)* Nitekim 612. maddesinde şerhan zikrolunmuştur.

Kezâ bir kimse, sabînin nefsine ve filan vakitte teslîm olunamaz ise malına kefîl olduğunda câiz olur. Ve teslim edemediği takdirde sabînin velîsine veya vasîsine ne hüküm olunur ise kefîl zâmin olur. Ve kefîl zâmin olduğu şey ile sabîye mürâca'at edemez. Meğer ki kefâlet velî veya vasînin, yahud sabî, me'zûnün-bi't-ticâre olup da onun emriyle olsun. Nitekim 657. maddede tafsîl olunur. *(Reddi Muhtâr ve Netîce)*

Bu maddede mekfûlün-anh tâbiri, mekfûlün-lehden ihtirâz için değildir. Mekfûlün-anhın âkıl ve bâliğ olması şart olmadığı gibi, mekfûlün-lehin dahi âkıl ve bâliğ olması sıhhat-i kefâlette -inde Ebû Yusuf- şart değildir. Zîra kefâlet, 621. madde hükmünce yalnız kefîlin îcâbiyle mün'akid ve mekfûlün-lehin veya tarafından birinin akd-i kefâlette dühûlü gayr-i lâzım olduğu halde onun âkıl ve bâliğ olmasını aramakta dahi fâide yoktur. Binâenaleyh bir kimse, sabî-i mahcûrun, birinde olan alacağına kefîl olsa sahîhdir. *(Redd-i muhtâr)*

Fakat, mekfûlün-anhın ma'lûm olması şarttır. Nitekim madde-i âtiye şerhinde îzâh olunur.

Hatta bir kimse, diğer kimesneye "Senin nâsdan kime borcun var ise, yahut hangi adama borcun çıkarsa kefilim." dese sahîh olmayacağı gibi, bir cemâate "Sizin veya başkalarının filandan mübâya'a edecekleri emvâlin semenine kefilim." dese muhâtabîn "sizin diye hitab edilenler" hakkında kefâlet sahîh olur ise de, gayrileri hakkında sahîh değildir. Nitekim mâdde-i âtiye şerhinde tafsîl olunur. *(Hindiyye)*

Mekfûlün-bih nefs veya maldan hangisi olduğu bilinmek, kefâletin sıhhatinde şarttır. Binâenaleyh bir kimse, ben zâminim veya kefilim deyip, filan adama veya malına demeyince kefâlet sahîh olmaz. Meğer ki mekfûlün-bihin ne olduğuna delâlet eder karîne bulunsun...

Nitekim, bir kimse diğer kimesneye, "Benim için şu adama kefîl ol." deyip de, o kimesne de kefilim dese, kefâlet-i nefsiyye mün'akid olacağı gibi, bir kimse diğer kimesneye, "Şu adamda olan alacağıma kefîl ol." deyip de o da "Kefilim." dese, kefâlet-i mâliye mün'akid olur. *(Redd-i muhtâr)* (66. maddeye metnen ve şerhan bak.)

630. MADDE

[**Mekfûlün-bih nefs ise**] şahsan ve mekânen [**ma'lûm olması**] ta'bîr-i diğerle şahsan cehâlet-i fâhışe ile mechûl olmaması kefâletin sıhhatinde [**şarttır.**]

Şahsan ma'lûmiyyet: Şahsan ma'lûm olur ise kefâlet sahîh olur. Binâenaleyh filan adamın nefsine kefilim dese, kefâlet sahîh olur. Ma'lûm olmaz ise, kefâlet sahîh olmaz. Binâenaleyh, bir kimse diğer kimesneye "Senden kim gasbeder ise" veya "Seninle kim mübâya'a eyler ve sana kim mal satar ise ben ona kefilim." dese, bu kefâlet-i nefsiyye sahîh olmaz.

Şerhan "şahsan ma'lûm olması" denildi; zîra ismen ma'lûm olması şart değildir. Binâenaleyh, bir kimse "Bir adamın nefsine kefîl oldum, ismini bilmez isem de görürsem tanırım." dese, bu ikrârı câiz ve herhangi adamı mekfûlün-lehe teslîm edip de, mekfûlün-bih bu adam olduğuna, yâni bunun gayri olarak, müdde'înin dediği adam olmadığına yemin ederse, kefâletten berî olur. Zîra 1579. madde hükmünce, mukarrun-bihin cehâleti, sıhhat-i ikrâra mâni' değildir. *(Dürr-i muhtâr)*

Esnâ-yı şerhde işâret olunduğu üzre, ma'lûm ta'bîri ile, cehâlet-i fâhışeden ihtirâz olunuyor. Yâni, kefâlet-i nefsiyyede, mekfûlün-bihin cehâlet-i yesîre ile mechûliyyeti, sıhhat-i kefâlete mâni' olmaz. Binâenaleyh bir kimse, "Ben filan şahsın veya filan adamın nefsine kefilim." dese sahîh, ve "Mekfûlün-bih filan şahıstır veya filan adamdır." diye beyânı hususu, kefile âit olur. Bu ikiden herhangi birini mekfûlün-lehe teslim eder ise kefîl berî olur.[8]

Mekânen ma'lûmiyyet: Mekfûlün-bih nefis ise, mekânen ma'lûm olması şarttır. Binâenaleyh, kaybolup da mekânı ma'lûm olmayan bir kimsenin nefsine kefâlet sahîh olmaz. *(Redd-i muhtâr ve Mecma'u'l-enhur ve Bezzâziyye).*

[**Ve**] mekfûlün-bih [**mal ise ma'lûm**] ve dâvânın sahîh [**olması**] kefâletin sıhhatinde [**şart değildir.**] Zîra kefâlet, tevessü' -genişlik- üzerine ibtinâ kılınmış ve bu sebepden dolayı, kefâlet bi'd-derekin sıhhatine icmâ' olunmuştur. Halbûki, kefâlet bi'd-derekde mebî'den, ne mikdarın bi'l-istihkāk zabt olunacağı ma'lûm değildir. Bu cihetle cehâlet-i mekfûlün-bih ile dahi kefâlet-i mâliyye sahîh olur. Cehâlet-i mezkûre gerek fâhışe ve gerek yesîre olsun. *(Tenvîr ve şerhuhu ve hâşiyetühü)*

Kefâlet bi'l-mechûle müteferri' mesâil:

1. Mes'ele; [**Binâenaleyh**] ma'lûmü'l-miktar deyne kefâlet sahîh olduğu gibi [**filan adamın**] -mekfûlün-anh- [**filan adama**] -mekfûlün-leh- [**olan borcuna kefilim dedikde, borcun miktarı ma'lûm olmasa dahi kefâlet sahîh olur.**] Bu takdirde kefîlin, mekfûlün-le-

8 قال فى رد المحتار لو قال انا كفيل بفلان كان جائزا يدفع ايهما شاء الكفيل فيبرأ عن الكفالة انتهى.

hin mekfûlün-anhdeki alacağını beyân eylemesi lâzım gelir. (1579. maddeye bak.) Kefîl, ne kadar beyân ve ikrâr ederse "Velev ki asîlin ikrarından ziyâde olsun." kefile o mikdarın zamânı lâzım gelir. (81. maddeye bak.) Mekfûlün-leh, kefîlin ikrârından ziyâde iddiâ ve ikāme-i beyyine ile isbât-ı müdde'â ettiğinde, kefîl onu dahi zâmin olur. Zîra tebeyyün etti ki, asîl üzerine mazmûn olana kefîl olmuştur. (75. ve 76. maddelere bakınız.) Ve ziyâdeyi isbât edemeyince mekfûlün-lehin kavl-i mücerredi, şu madde vechile olan kefâlette, asîl üzerine hüccet olmadığı gibi, kefîl üzerine dahi hüccet değildir. Şu cihetle, mekfûlün-bih, ikrârından ziyâde olduğunu bilmediğine yeminiyle söz kefîlindir. Zîra, kendi iltizâmiyle lâzım olan mal olduğundan, iltizâm etmiş olduğu miktarda kefilin ma'a'l-yemin tasdîk olunması îcâb eder. Yemin lâzım geldi; zîra ziyâdeyi münkirdir; söz ise ma'a'l-yemîn münkirindir. (1748. maddeye bak.) Ve asîl, şu kadar kuruş ikrâr veya yeminden nükûl ettiğinde bu ikrar veya nükûlü, asîlin nefsine maksûr olup, kefile te'sir eylemez. Zîra insanın ikrarı kendi nefsi hakkında hüccet ise de gayrisi hakkında hüccet değildir. Çünkü insan kendi hakkında mukırr iken gayrisinin hakkında müdde'îdir. Halbuki müdde'înin sıdkı ancak hüccet ile sâbit olur. ***(Vâkı'âtü'l-müftîn)***

2. Mes'ele: Bir kimse, diğer kimesneye "Senin filandaki alacağının ba'zısına kefilim." dediğinde sahîh ve mekfûlün-bihin mikdarını beyân eylemesi kefîl üzerine lâzım olur. (1579. maddeye bak.) ***(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet)***

3. Mes'ele: 636. maddenin "Kezâlik filanda sâbit olacak alacağına ..... İlâ âhirihi" fıkrası mekfûlün-bih mechûl olan mesâil cümlesindendir. Ve mezkûr 636. maddenin fıkra-i mezkûresi vechile vukû' bulan kefâletde asîl ne ikrar ederse kefîl onunla mutâleb olur. [9] Nitekim bir kimse, ücrete kefîl oldukdan sonra kefîl, "ücret yüz kuruşdur" ve müste'cir "elli kuruşdur" diye ihtilaf ettiklerinde, söz elli kuruşdan ziyâde olmadığına yeminiyle müste'cirindir. Zira müste'cir ziyâdeyi münkirdir. Ve kefîl ikrârı mûcebince yüz kuruşla mutâleb olur. (1587. maddeye bak.) Kefâleti, müste'cirin emriyle olunca kefîl, yalnız elli kuruşla rücû' eder. (78. maddeye bak.) Üçü dahi ikāme-i beyyine etseler, âcirin beyyinesi tercîh olunur. (1762. maddeye bak.) Amma tâlib, mikdâr-ı ücrete ikāme-i beyyine edince, kefîl ve müste'cirden dilediğini muâheze edebilir. ***(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' ve'l-ışrûn min kitâbi'l-icâre)***

Sıhhat-i kefâlette, sıhhatü'd-da'vâ şart değildir. -Binâenaleyh bir kimse diğer kimesneden bir mal iddia edip, mezkûr malın mikdarını beyân eylememiş veya mikdarını bi'l-beyân sıfatını zikretmemiş ve binâenaleyh 1626. madde hükmünce dâvâ gayr-i sahîh bulunmuş iken, bir adam ol kimseye "O kimesneyi bırak ben onun nefsine kefilim, yarın teslim edemezsem ondan dâvâ ettiğin benim üzerime olsun!" dese, kefâlet-i mâliye dahi mu'alla-

---

9 قال عبد الحليم لو كفيل بما ذاب لك عليه فعلى اى ما نبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل ووجب وقد وجب باقراره بخلاف قوله كفلت بما لك عليه فان الكفالة بالدين القائم فى الحال كما فى المقدسى انتهى.

kan sahîh olur. Yarın teslim edemezse, ba'de's-sübût, mâl-ı müddeâ bihin zamânı, kefîl üzerine lâzım gelir. Malın sıfatında ihtilâf etseler söz mekfûlün-lehindir. *(Tenvîr ve Minah)*

Bu madde, bu vechile îzah olunduğundan sonra *Mecelle*'nin tefrî'inde işâret olunan mesâilin tafsîline gelelim:

Mecelle'de, "filan adamın" denildi. Zîra mekfûlün-anhin mâlûmiyyeti kefâletin sıhhatinde şarttır. *(Tenvîr)*

Binâenaleyh, bir kimse diğer kimesneye, "Nâsın senden gasbedeceği veya iktirâz eyleyeceği -ödünç alacağı- mala kefilim." dese sahîh değildir. Nitekim bir kimse Zeyd'e "Senin kimin zimmetinde alacağın zuhur ederse kefilim." dese bu kefâlet dahi sahîh değildir. Lâkin 658. madde şerhindeki birinci mes'ele bundan müstesnâdır.

Fakat, kefâlet-i müneccezede terdîd ile kefâlet sahîhdir. Terdîd-i mezkûreye, fukahâ tahyîr diyor, zîra kefîl bunda muhayyer olur. Nitekim âtîde zikrolunur.[10]

Binâenaleyh bir kimse, diğer kimesneye "Senin filan şahısda veya filan adamda olan alacağına kefilim." dese kefâlet sahîh ve ikisinden birini tâyinde kefîl muhayyerdir. Tâbir-i diğerle kefîl, mezkûr iki deynden hangisini te'diye ederse kefâletten berî olur. Kefâlet bi'n-nefsde dahi hüküm böyle olduğu, bu maddenin fıkra-i ûlâsı şerhinde beyân olunmuşdu. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-kefâlet)* Lâkin mekfûlün-lehde tahyîrin, sıhhat-i kefâlete mâni' olduğu âtîde zikrolunur.

Nitekim, bir kimse "Filanın nefsine veya filana olan bin kuruş borcuna kefilim." dediğinde câiz ve kefîl ikisinden dilediği birini tâyin ve îfâ eyler. Ve hangisini îfâ ederse kefîl berî olur. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'de "filan adama" denildi. Zîra mekfûlün-lehin ma'lûmiyyeti kefâlet-i müneccez, mu'allaka, muzâfenin sıhhatinde şart olup, mekfûlün-lehin cehâleti sıhhat-i kefâlete mâni'dir. Mekfûlün-leh gerek vâhid olsun gerek müteaddid olsun. *(Redd-i muhtâr)* Bu sûrette mekfûlün-leh mâlûm olursa kefâlet sahîhdir; gerek vâhid gerek müteaddid olsun.

Binâenaleyh bir kimse mâlûm olan yirmi kişiye hitâben "Sizin filan adama bey' ve teslim edeceğiniz malın semenine kefilim." dese sahîh olur, *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)* amma mekfûlün-leh mechûl olursa kefâlet sahîh olmaz.

Bu cihetle, bir kimse diğer kimesneye "Sen kimden ne gasbeder isen, yahut senin üzerine kim için ne hükmolunur veya üzerinde kimin hakkı zuhûr ederse ben ona kefilim." veya "Bugün filana kim ne satarsa parasına kefilim." dese, bu kefâlet-i mâliye sahîh değildir. *(Tenvîr ve Dürr-i muhtâr ve Hindiyye)*

---

10 قال فى الدر المختار ولا تصح ايضا بجهالة المكفول عنه فى تعليق واضافة لاتخيير ككفلت بما لك على فلان او فلان فتصح انتهى.

Yine bu cihetle, bir kimse çarşıda dellal olduğunda bir şahıs "Ol kimsenin zararına kefîl oldum." deyip lâkin mekfûlün-leh mâlûm olmasa kefâlet sahîh olmaz. *(Ali Efendi fîma yesıhhu mine'l-kefâlet)*

Yine bu cihetle, bir kimse diğer kimesnenin filan şahsa olan borcuna kefîl olmuş iken, mezkûr borç o şahsın olmayıp diğer bir adamın olduğu zâhir olsa kefâlet sahîh değildir. *(Tenkîh)*

Yine bu cihetle bir kimse "Şu adamın bu şahısdaki alacağına, yahut şu kimesnenin şahs-ı merkūmda olan matlûbuna kefilim." dese sahîh olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)*

Yine bu cihetle bir kimse "Bu gün filan adama kim ne satarsa semenine kefilim." dese de, birkaç kimesneler ona mal satsalar, ol kimse üzerine bir şey lâzım gelmez. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis).*

Yine bu cihetle bir kimse üç şahsa hitâben "Sizin ve gayrinizin filan adama bey' edeceğiniz malın semenine kefilim." dese, mu'ayyen ve muhâtab olan üç şahıs hakkında kefâlet sahîh ve gayrileri hakkında gayr-i sahîh olur. *(Hindiyye)*

İstisnâ: "Mekfûlün-lehin mechûlliyyeti sıhhat-i kefâlete mâni'dir." mes'elesinden, âti'z-zikr mes'ele müstesnâdır; şöyle ki: Şirket-i mufâvazanın tazammun eylediği kefâletde mekfûlün-lehin cehâleti mâni' değildir. *(Redd-i muhtâr)* (54., 1334. ve 1356. maddelere bak.)[11]

Mecelle'de "filan adamın filan adama olan borcuna ..... ilâ âhirihi" denildi. Yâni kefîl ile mekfûlün-lehin başka başka şahıslar olmak sûretiyle tasvîr olundu. Zîra bir kimsenin kendi nefsi için kefâleti sahîh değildir.

Bu cihetle, vekil bi'l-bey' sattığı malın semenine müvekkili için müşteriye kefîl olsa, sahîh değildir. Semen-i mezkûrü, gerek vekil kabz ettikten sonra ve gerek kabz etmeden mukaddem kefîl olsun. Zîra 1461. maddeye mebnî semen-i mebî'in hakk-ı kabzı asâleten vekile âid olmakla, kable kabzı's-semen kefîl olsa kendi nefsi için kefâlet etmiş olacağından câiz değildir.[12]

Hatta bu kefâlete binâen, kefîl, bâyi'a semeni verse yine bâyi'a rücû' ile ondan istirdâd eyler. Lâkin kefâlet-i mezkûreye binâen vermeyip de, teberru'an verse sahîh olur. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sânî mine'l-kefâlet.)*

Nitekim resûl bi'l-bey' semen-i mebî'a kefîl olsa sahîh olur. Amma ba'de'l-kabz semen yedinde emânet olmakla mâdde-i ânifeye mebnî kefâlet câiz olmaz.

---

11 المتفاوضان اذا افترقا فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدى اكثر من النصف فيرجع بالزيادة. هنديه فى الباب الرابع

12 لان حق القبض له بالاصالة ولذا لايبطل بموت الموكل وبعزله وجاز ان يكون الموكل وكيلا عنه فى القبض وللوكيل عزله. رد محتار

Yine bu cihetle vasî ve nâzır, sattıkları malın semenine müşteriye, sağîr için kefâlet etmeleri sahîh olmaz. *(Dürr-i muhtâr)*

Meselâ bir kimse, vasîsi olduğu sağîrin malından bir kimesneye istirbâh kasdiyle verdiği akçeye kefîl olsa sahîh olmaz. *(Netîce)*

Yine bu cihetle iki vasîden biri diğerine kefâlet etse sahîh olmaz. Şu kadar var ki vasîler, müteveffânın alacağına, vâris-i kebîr için kefîl olsalar sahîh olur ve vasîler bu deynde vesâyetden çıkarlar da artık bu alacağı kabz edemezler. Hâkim bunu kabz için diğer vasî tâyin eder de, bu vasî-i cedîd, alacağı kefîl olan vasîden istîfâ eder.

Yine bu cihetle bir kimseye diğer kimesne tarafından emânet verilip de o kimse, emânet-i mezkûrenin o kimesneye teslimine kefîl olsa sahîh olmaz. Vâkıʻâ mâdde-i âtiyede zikrolunduğu üzre emânetin teslîmine kefâlet câiz ise de bu cevaz, emânet yedinde bulunanın gayrisi cânibinden kefâlet edildiği takdirdedir.[13]

Yine bu cihetle mudâribin, mâl-ı mudârebede rabbü'l-mâl için kefâleti sahîh olmaz. Yâni mudârib mal-i mudârebeyi âhara beyʻ ettikten sonra rabbü'l-mâl için semene kefîl olsa sahîh değildir. *(Mecmaʻu'l-enhur)*

Bu mes'elede "vekîl bi'l-beyʻ...." denildi. Zîra vekîl bi-kabzı's-semenin, semen-i mezkûre kefâleti sahîh olur. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)*

Yine bu cihetle bir kimsenin diğer kimesne ile -velev ki irsen- müşterek alacağı deyn sahîh olsa bile, o kimsenin matlûb-ı mezkûre kefîl olması sahîh olmaz. Hatta kefâlet-i mezkûreye binâen mekfûlün-bihi şerîkine te'diye etse, verdiğini istirdâd eder. Zîra kendine vâcib olmayan şeyi veren kimsenin onu istirdâd edebilmesi kavâid-i fıkhiyyeden olduğu 97. madde şerhinde beyân olunmuştu. Bu kefâletin adem-i sıhhatinin sebebi dahi şudur ki o kimse ya yalnız o kimesnenin meselâ muʻayyen nısf-ı sehmine kefîl olur. Bu sûretde kısmetü'd-deyn kable'l-kabz lâzım gelir. Bu ise 1123. maddede beyân olunduğu üzre câiz değildir. [14] Yahut nısf-ı şâyiʻine kefîl olur. Bu takdirde o kimse 1101. maddeye mebnî makbuzun nısfını alabileceğinden, nefsi için kendisinin kefîl olması lâzım gelir ki bu da câiz değildir.

---

13 قال فى رد المحتار الثمن قبل القبض امانة عند الوكيل غير مضمونة والكفالة غرامة وفى ذلك تغييرالحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد وايضا كفالته لما قبضه كفالة الكفيل عن نفسه واما صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك فى كفالة من ليست الامانة عنده انتهى بتغيير ما

قال فى ادب الاوصياء ولو كان للميت دين على رجل فضمنه احد الوصيين لصاحبه او للصغير لم يجز ولو ضمناه للوارث الكبير جاز وخرج عن الوصاية فى ذلك الدين فليس لهما تقاضيه فينصب القاضى وصيا آخر فيطلبه ويقبضه انتهى بتغيير ما

14 لان القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا فى حيز على جهة وذا لا يتصور فى غير العين اذ الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى. رد محتار

Deyn-i müşterekde, şerîkin şerîke kefâleti sahîh değilse de, ecnebînin ehad-i şerîkeynin alacağına kefâleti sahîh olmakla, kefîl, ehad-i şerîkeyne ne te'diye ederse, iki şerîk beyninde müşterek olur. Asîlin te'diyesi gibi. (1101. maddeye bak.) *(Redd-i muhtâr)*

Amma deyn, müşterek olmayınca kefâlet sahîh olur. İki kimse, safkateyn ile bir adama mal satıp da, mezkûr iki kimseden birisi, diğerinin o adamdaki alacağına kefâlet eylemesi gibi.

Hulâsa, kefîlin kendi nefsine kefâleti tazammun eden hiçbir kefâlet sahîh değildir. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye)*

631. MADDE

[**Kefâlet bi'l-mâlda mekfûlün-bih asîl üzerine**] bi-nefsihi [**mazmûn olmak yâni asîl üzerine**] mekfûlün-bihin aynen veya bedelen [**îfâsı lâzım olmak**] sıhhat-i kefâlette [**şarttır.**] Mekfûlün-bih, gerek deyn, gerek bi-nefsihâ mazmûn-ı ayn olsun. *(Redd-i muhtâr).*

Bu maddedeki "mal" tâbiri, ayn ile deynin ikisine de şâmildir. Vâkı'â deyn, emr-i hükmî ve gayr-i mevcûd olup iddihârı mümkün olmamağla 126. maddede beyân olunan ma'nâya göre deyn, fi'l-hâl mal değilse de hükmen ve âkıbet kabz i'tibâriyle maldır. Zîra deyn, zemân-ı âtîde kabz olunarak, ayn-ı müntefe'un-bih olur. *(Bahr fî şerhi kavli'l-Kenz ve an meyyit-i müflis)*

Bu ibâreden iki hüküm müstefâd olur:

Hükm-i evvel; Mekfûlün-bih mazmûn olmaz ise kefâlet sahîh olmaz. Çünkü asîl üzerine vâcibü'l-îfâ ve mazmûn olmayınca, kefîl üzerine îcâb-ı zamân mümkün değildir. Binâenaleyh rüşvet, kumar, lâşe, hür olan benî âdem parası gibi asîl üzerine îfâsı lâzım olmayan akçeye kefâlet, sahîh olmaz. Zîra bunlar mazmûn ve asîl üzerine îfâsı lâzım değildir. Bu sûretde bir kimse, diğer kimesnenin filanda olan alacağına kefîl oldukdan sonra kefîl, "Mezkûr alacak rüşvet, kumar, lâşe, hür olan benî âdem parası olmakla kefâlet sahîh değildir." diye mekfûlün-lehden iddiâ ve mekfûlün-leh dahi bunu ikrâr ve tasdîk etse, kefâletin butlânı tebeyyün edeceğinden, hâkim, kefili kefâletten ihrâc eder. Fakat bundan sonra asîl ve mekfûlün-anh hazır olup da meblağ-ı mezkûr semen-i mebî' veya karz olduğunu ikrâr ve mekfûlün-leh dahi bu ikrârı tasdîk ettiğinde, ber-mûceb-i ikrâr, meblağ-ı mezkûr asîl üzerine lâzım gelir. Amma kefîl üzerine lâzım gelmez. (87. maddeye bak.) *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis mine'l-kefâle)* *Mecelle*'nin âti'z-zikr "Amma kable'l-kabz mebî'ın aynına ..... İlâ âhirihi" fıkrasiyle kezâlik merhûn ve müste'âr .... İlâ âhirihi fıkrası bu hükm-i evvel üzerine müteferri'dir.

Hükm-i sânî; mekfûlün-bih mazmûn olur ise kefâlet sahîh olur. [**Binâenaleyh semen-i mebî'a**] yâni bey'-i sahîh ile satılan malın semenine [**ve**] mu'accel veya mü'eccel ve gerek ayn ve gerek deyn olan [**bedel-i icâreye ve**] kezâ mihir ve talak-ı alâ-malda bedel-i talak ve müslemün-fîh gibi [**sâir düyûn-ı sahîha**]-i kāime[**ya**] ve harac gibi mukannen ve fevkalâde mîrî vergilerine [**kefâlet sahîh olur.**] Fakat müşteri sabî-i mahcûr olunca, onun iştirâ ettiği malın semenine kefâlet sahîh ve tebe'an li'l-asîl kefîl üzerine dahi bir şey lâzım olmaz. Lâkin sabî-i mahcûr bir şey satıp da birisi derke kefîl olduğunda eğer sabî semeni kabz ettikden sonra ol vechile derke kefîl olduysa kefâlet sahîh olmaz. Amma ondan evvel kefîl olduysa sahîh olur. (612. madde şerhine dahi bak.) *(Bahr)*

Bu maddedeki "semen-i mebî' " bey'-i sahîh ile satılan malın semeni diye takyîd edildi. Zîra bey'in fesâdı zâhir olduğunda 52. maddeye mebnî kefâletin fesâdı dahi zâhir olacağından, kefil bâyi'a henüz semeni vermemiş ise vermesi lâzım gelmez. Bir de bey'-i fâsidde 371. maddede zikrolunduğu üzre asîl üzerine semen-i müsemmâ lâzım gelmez ki kefile lâzım gelsin. Eğer vermiş ise kefâlet bi'l-emr olunca, onu dilerse bâyi'den ve dilerse müşteriden alır. *(Hayriye).* Zîra usûl-i mukarreredendir ki bir kimse, bir şeyi diğer kimesneye vermek kendi üzerine vâcibdir zanniyle, o şey o kimesneye ba'de'l-i'tâ o şeyi vermek kendi üzerine vâcib olduğu zâhir olsa, o kimsenin hakk-ı rücû'ı yâni o kimesneye verdiğini ondan istirdâda salâhiyyeti vardır. *(Tenkîh)* Müşteriden aldığı takdirde o da bâyi'den alır. Müşteri, semeni kefile vermiş ise, bu sûretde müşteri bâyi'a rücû' eder ve kefâlet bilâ emir olunca, kefîl, verdiğini hasran bâyi'den alır.[15]

Şu kadar var ki bey' evvelâ, sahîh olarak vukû' bulup da bir kimse semene kefîl oldukdan sonra mütebâyi'ân bey'-ı sahîh-i sâbıka şart-ı fâsidi ilhâk ettiklerinde, kefîl semen-i mebî'i bâyi'a verdikden sonra müşteriye rücû' eder. Kefâlet emriyle olmuş ise... *(Kefevî fîmâ yakau bihî'l-berâetü ve mâ lâ).*

Metn-i *Mecelle*'de düyûn, "sahîha" kaydıyla takyîd edildi. Zîra düyûn-ı gayr-i sahîhaya kefâlet caiz olmaz. Nitekim mümeyyiz olmayan bir sağîr birine şu kadar kuruş borç ikrâr ve bir kimse, mezkûr borcu tekeffül etse 1574. maddeye mebnî, bu ikrâr sahîh olmadığı gibi, kefâlet dahi sahîh olmaz. *(Behce)*

İstisnâ: Şu kadar var ki hâkimin hükmü ile mukarrer ve mukadder olup, istidâne edilmeyen veya zevc ile zevcenin rızâsı ile mukarrer ve mukadder olan -nafaka-i mukarreremevt veya talak ile sâkıt olduğu cihetle, düyûn-ı sahîhadan değil ise de müstesnâ olarak istihsânen buna kefâlet sahîh olur. *(Dürr-i muhtâr ve Eşbâh)*[16] "Düyûn" deynin cemidir.

---

15 لانه ادى بكفالة فاسدة

16 وتصح الكفالة ايضا بالنفقة المستقبلة كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ابدا ما دامت الزوجية. در مختار ورد محتار ملخصا

Deyn-i sahîh edâ yahut hakîkaten veya hükmen ibrâdan başka bir vechile sâkıt olmayan deyndir. Karz, semen-i mebî', bedel-i icâre, müslemün-fîh, kıymet-i mağsûb, mâl-ı muhâlün bih, mihr-i misil, mihr-i müsemmâ, bedel-i muhâla'a, emr-i hâkim ile "men aleyhi'n-nafaka" üzerine rücû' edilmek üzre istikrâz olunmuş nafaka gibi... *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr ve Netîce ve Ankaravî).*

Hakîkaten ibrâ, *Mecelle*'nin 1536. maddesinde mezkûrdür; hükmen ibrâ dahi zevce, kable'd-dühûl zevcinin oğluna mutâva'at ettiğinde deyn-i mihir sâkıt olur.[17] Kezâ müste'cir, kable istîfâi'l-menfa'at ücreti peşîn olarak âcire verip de bir sebepden dolayı menfa'at istîfâ olunmayınca ücret-i mezkûrenin müste'cire tazmînine birisi kefîl olsa sahîh olur. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sânî)*

Deyn-i sahîhin şu târîfi üzerine iki suâl îrâd olunur:

1. Suâl: 671. maddede beyân olunduğu üzre mebî'in bi'l-istihkāk zabt veya hıyâr-ı ayb veya hıyâr-ı şart veya hıyâr-ı ru'yet ile bâyi'a redd olunmasiyle semen-i mebî' sâkıt olacağına nazaran semen-i mezkûr, deyn-i sahîh değildir.

Cevâb: semenin ber-vech-i meşrûh sükūtu; hükm-i akd olan semenin müşteri üzerine lüzûmunu fesh ve ibtâl ve akdin, semeni gayr-i mülzem olduğunu izhâr eden esbâb-ı mezkûrenin urûzu iledir yoksa akd-i bey' bâkī ve semeni muskat ve hükm-i akdi nâsih olan sebeb gayr-i ârız iken, semen başka bir vechile sâkıt olmaz. (*Redd-i muhtâ*r).

2. Suâl: Muhâlün-bih edâ veya ibrâdan başka şey tüvâ ile dahi sâkıt olduğuna nazaran deyn-i sahîhin mezkûr târîfinden hâriç olmak ve binâenaleyh ona kefâlet sahîh olmamak lâzım gelir; halbuki muhâlün-bihe kefâlet sahîh olur.

Cevâb: Muhâlün-aleyhin kable'l-kazâ ve'l-ibrâ müflis olarak vefat etmesi emr-i ba'îd ve belki nâdir olduğundan ona i'tibâr edilmez. (42. maddeye bak.) *(Abdülhalîm fi'l-kefâle)*.

"Deyn-i gayr-i sahîh" eda yahut ibrâdan başka bir vechile sâkıt olan deyndir. Nafaka-i mukarrere ve deyn-i zekât gibi ki, mezkûr nafaka edâ ve ibrâ ile sâkıt olacağı gibi, talak veya mevt-i ehad-i zevceyn ile ve deyn-i zekât dahi medyûnun vefâtı veya malın helâki ile dahi sâkıt olur. Ancak nafaka-i mukarrereye kefâlet istihsânen câiz olduğu ânifen beyân olundu.

Fakat hâkim tarafından nafaka bi't-takdîr ve hâkim zevceye istidâneye izin verip, o da istidâne etse, bu nafaka-i müstedâne zevc üzerine deyn-i sahîh olur da, edâ veya ibrâdan başka bir vechile sâkıt olmaz.

---

17 لان تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكانها ابرأ منه. در مختار ورد محتار

[**Kezâlik mal-ı mağsûba**], fâsiden ikrâz olunan mala ve sâir bi-nefsihâ mazmûn olan a'yâna [**kefâlet sahîh olup lede'l-mutâlebe kefîl bunu**] -mal-ı mağsûbu- mevcud ise [**aynen ya**] hud kable'l-kefâle veya ba'de'l-kefâle istihlâk olunmuş veya helâk olmuş ise [**bedelen**] ta'bîr-i âharla misliyâttan ise mislini ve kıyemiyâttan ise kıymetini mekfûlün-lehe [**îfâya mecbûr olur.**] *(Ankaravî fi'l-fasli's-sânî ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr fî evveli'l-kefâle).* Nitekim 890 ve 891. maddelerde beyân olunduğu üzre mal-ı mağsûbun ve kezâ karz-ı fâsidin asîl üzerine ol vechile zamân ve îfâsı lâzımdır.

Meselâ bir kimse, bir şahsın bir adamdan gasb ve zebh ile istihlâk ettiği koyuna kefîl olsa, İmam Ebî Yusuf hazretlerine göre kefâlet sahîh, ve kefîl o koyunun zeman ve mekân-ı gasbdaki kıymetini zâmin olur. Yoksa koyunu zâmin olmaz. Zîra mağsûbun helâkinden sonra mağsûbun-minhin hakkı ayn-i mağsûbdadır; bedelinde değildir... Fakat İmam-ı A'zam rahımehü'llahü Te'âlâ hazretlerine göre bu vechile istihlâk olunan koyuna kefâlet câiz değildir. Çünkü müşârun-ileyhe göre mal dahi mağsûbun helâkinden sonra mağsûbun-minhin hakkı, bedelinde olup aynında olmadığından, mezkûr koyuna kefâlet ettiğinde, asîl üzerine lâzım olmayana kefîl olmuş olacağından, kefâlet-i mezkûre sahîh olmaz. (*Hindiyye fî şetta'l-kefâle*t).

Meselâ mal-ı mağsûba kefîl oldukdan sonra, mal-ı mağsûb telef olmakla, *Mecelle*'de mezkûr olduğu vechile kıymeti lâzım geldiğinde mikdâr-ı kıymetinde mekfûlün-leh ile kefîl ihtilâf ettiklerinde, mekfûlün-leh ikāme-i beyyine eder ise fe-bihâ, ve illâ söz kefîlindir. (76. maddeye bak.)

Gāsıbın ziyâde ikrârı, kendisinin bu ziyâde ile dahi müâheze olunmasını îcâb eder. Fakat, ikrâr-ı mezkûr kefîle sirâyet eylemez. (78 maddeye bak.) Nitekim mâdde-i ânife şerhinde verilen îzâhâttan müstefâd olur.

Amma asîl, kıymet-i mezkûre için istihlâf olunmakla, yeminden nükûl ettiğinden dolayı, ziyâde ile mahkûm olduğunda bakılır: Asîl, "Mal-ı mağsûbun kıymeti beş yüz kuruşdur." diye ikrâr ve iddiâ etmiş iken, mağsûbun-minh bin kuruş olduğunu dâvâ ve lede'l-istihlâf asîl, yeminden nükûl etse, asîl üzerine bin ve kefîl üzerine -asîlin ikrâr-ı sarîhi vechile- yalnız beş yüz kuruş lâzım gelir.

Mağsûbun-minh, "Mâl-ı mağsûbun kıymeti bin kuruşdur." diye iddia etmiş iken, asîl sükût ettiğinde, istihlâf olunmakla yeminden nükûl eylese, asîle bin kuruş lâzım geleceği gibi kefîle dahi bin kuruş lâzım gelir. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)*.

[**Ve kezâ sevm-i şirâ tarîkıyla makbûz olan mala semen tesmiye olunmuşsa, kefâlet sahîhdir.**] Fıkra-i ânifede zikrolunduğu üzre lede'l-mutâlebe kefîl bunu aynen veya bedelen îfâya mecbur olur. *(Mecma'u'l-enhur)*. Nitekim 298. madde fıkra-i ûlâsında beyân olunduğu üzre bu mal, asîl üzerine dahi ol vechile mazmûndur.

Mecelle'deki "semen tesmiye olunmuş ise" kaydı ihtirâzîdir. Zîra semen tesmiye olunmamış ise 298. maddenin fıkra-i sâniyesinde beyân olunduğu üzre, asîl üzerine gayr-i mazmûn ve âti'z-zikr "kezâlik merhûn ve müste'âr... İlâ âhirihi" fıkrasında dâhil olacağından buna kefâlet sahîh olmaz.

Kezâlik, bey'-i fâsid ile satılan mal 371. maddede zikrolunduğu üzre asîl üzerine bi-nefsihi mazmûn ve aynen veya bedelen îfâsı lâzım olduğundan, buna dahi kefâlet sahîhdir. *(Mültekā ve Mecma'u'l-enhur)*.

[**Amma kable'l-kabz mebî'in aynına**] yâni mebî'in maliyetine [**kefâlet sahîh olmaz. Zîra, ayn-ı mebî', bâyi' yedinde telef olsa**] 293 maddede metnen ve şerhan beyân olunduğu üzre [**bey' münfesih olacağından**] mebî'-i mezkûrün mâliyeti asîl olan [**bâyi' üzerine**] bi-nefsihi [**mazmûn olmayıp yalnız**] bâyi' [**semenini kabzetmiş ise**] müşteriye iadesi ve [**reddi lâzım gelir.**] *(Azmî-zâde)*

Mebî', kable'l-kabz, bi-gayrihi -semen-i mebî' ile mazmûndur; bundan sonra artık bi-nefsihi mazmûn olamaz. Zîra bi-nefsihi dahi mazmûn olsa bir şeyden dolayı zimmet-i vâhidede yekdiğere muhâlif iki zamânın ictimâ'ı lâzım olur. Bu ise câiz değildir.

[**Kezâlik merhûn ve müste'âr ve me'cûr ve**] mâl-ı mudârebe, mâl-ı şirket, vedî'a, müste'cerun-fîh gibi [**emânât-ı sâire, asîl üzerine**] bi-nefsihâ [**mazmûn olmadığından, bunların aynlarına kefâlet sahîh**] ve ba'de'l-kefâle emânât-ı mezkûre mazmûn olmak sıfatını iktisâb etse bile kefâlet-i mezkûre sıhhate münkalib [**olmaz.**]

Meselâ bir kimse, vedî'aya kefîl olup da, ba'dehu vedî' vedî'ayı, istihlâk etmesiyle 787. maddeye mebnî vedî' üzerine mazmûn olmak sıfatını iktisâb eylese bile, kefâlet-i sâbıka sıhhate münkalib ve kefîle zamân lâzım olmaz. *(Ankaravî fi'l-faslı's-sânî mine'l-kefâlet)*

Müste'cerun fîhe dahi kefâlet câiz olmadığı beyân olunmuş idi. Meselâ bir kimse terziye, dikmek üzre elbise verip de, bir şahıs mezkûr elbiseye kefîl olsa, İmam-ı A'zam rahımehüllahü Te'âlâ'ya göre sahîh olmaz. Zîra müşârun-ileyhe göre, müste'cerun-fîh yed-i ecîrde emânettir. Amma İmâmeyn rahımehümallahü Te'âlâ'ya göre, kefâlet sahîh olur. Zîra müşârun-ileyhimâya göre müste'cerun-fîh yed-i ecîrde mazmûndur. *(Ankaravî fi'l-mahalli'l-mezbûr)*. (607. madde şerhine bakınız.)

Bu fıkrada "asîl üzerine mazmûn olmadığından" demek, şerhan işaret edildiği vechile "bi-nefsiha mazmûn olmadığından" demektir. Zîra a'yân, mazmûn olup olmaması i'tibâriyle üç kısma ayrılır:

Kısm-ı evvel: Asîl üzerine bi-nefsiha, yâni kıymet ve bedel ile mazmûn olur. Mâl-ı mağsûb ve tesmiye-i semen olunarak sevm-i şirâ tarîkıyla veya bey'-i fâsid ile kabz edilen mebî' ve sâir, inde'l-helâk bedeli lâzım olan a'yân gibi. Ânifen takrîr olunduğu üzre me-

selâ mâl-ı mağsûb helâk olsa, 891. madde mûcebince gāsıb üzerine bedelinin zamânı lâzım gelir. *(Bahr ve Redd-i muhtâr)*.

Kısm-ı sânî: Asîl üzerine bi-gayriha mazmûn olur. Diğer bir ta'bîrle ınde'l-helâk bedelinin te'diyesi değil, belki başka bir şey lâzım gelir. Merhûn ve kable'l-kabz mebî' gibi. Meselâ merhûn, mürtehin yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunda, mürtehin üzerine bedelinin te'diyesi lâzım gelmez; mukābili olan deyn sâkıt olur. Nitekim 401. madde şerhinde icmâlen zikrolunduğu gibi kitâb-ı rehinde dahi mufassalan beyân olunacaktır.

Binâenaleyh merhûn, mürtehin üzerine binefsihi mazmûn ve vâcib olmamakla kefîl üzerine îcâb-ı zamân mümkün olmaz. [18] Mâl-ı şirket, mâl-ı mudârabe, âriyet, müste'cir yedindeki me'cûr, sevm-i nazar tarîkıyla kabz edilen mal, sevm-i şirâ tarîkıyla tesmiye-i semen olunmayarak kabz olunan mal gibi. Bunlar dahi asîl üzerine mazmûn olmadıklarından, kefîl üzerine îcâb-ı zamân mümkün değildir. *(Bahr)*

İşte tafsîlât-ı mebsûtadan anlaşılır ki, merhûn asîl üzerine mazmûndur. Fakat binefsihi-bedeliyle- değil, belki bigayrihi, yâni mukābili olan deyn ile mazmûn olduğundan, *Mecelle*'nin fıkra-i mezkûresi ber-vech-i mezkûr tefsîr olunmak lâzımdır.

[**Fakat**] bunlarda kefâlet, sebeb-i zamâna muzâf veya ta'lîk kılınır ve meselâ [**mekfûlün-anh bunları**] -merhûn ve müste'âr ve me'cûr ve emânât-ı sâireyi- [**izâ'a ve istihlâk**] yahut inkâr [**eder ise "Kefîlim." dese**] kefâlet-i mu'allaka olarak [**sahîh olur.**] Nitekim 636. madde şerhinde îzâh olunur. Zîra emâneti, emîn olan zât istihlâk eder veya emânet emînin sun'uyle telef olur ise 787. madde hükmünce emîn üzerine mazmûn ve binâenaleyh kefîl üzerine dahi îcâb-ı zamân mümkün olur.

[**Ve bir de gerek**] kable'l-kabz [**mebî'in**] müşteriye [**ve gerek bunların**] -merhûnun râhine, müste'ârın muîre, me'cûrun âcire ve emânât-ı sâirenin ashâbına- [**teslîmine kefâlet**], kefâlet bi't-teslîm olmak üzre [**sahîh olur.**] (641. maddeye dahi bakınız.)

[**Ve**] mekfûlün-leh [**lede'l-mutâlebe**] zîl-yed olanların [**bir cihetle hakk-ı**] imsâk ve [**habsleri yok ise kefîl bunları**] lâyıkı vechi üzre ashâbına [**teslîme mecbûr olur.**]

Binâenaleyh müste'ârı 825. ve 830. maddeler vechile ve merhûnu dahi ba'de't-tahlîs vech-i Şer'î üzre ashâbına redd ve teslîmi lâzım olduğu gibi vedî'anın dahi 794. madde ve me'cûrun 593. ve 594. maddeler vechile teslîmini iktizâ eder. *(Bahr)*

Kefâlet bi't-teslîm bunlara mahsus değildir. A'yân-ı mazmûne binefsihâda dahi sahîh olur. Meselâ bir kimse diğerin malını gasbedip de mezkûr malın gāsıbdan bi'l-ahz mağsûbun-minhe teslîmine bir kimse kefîl olsa, sahîh ve 890. madde vechile kefîl, teslîme

---

18 اطلقه فشمل ما اذا ضمن الرهن على المرتهن للراهن او عكسه. بحر

mecbûr olur.[19] *Mecelle*'de "bir vechile hakk-ı hapisleri yok ise" denildi. Zîra meselâ semen-i mebî', te'diye olunmadıkça 278. maddeye mebnî bâyi'in mebî'de hakk-ı hapsi ve deyn îfâ edilmedikçe 729. maddeye mebnî mürtehinin merhûnda hakk-ı imsâki bulunmakla, kable edâi's-semen ve'd-deyn, bunların teslîmi asîl üzerine lâzım olmadığı gibi kefîl üzerine dahi lâzım olmaz. Nitekim me'cûrda meselâ 590. maddenin beşinci fıkrası vechile müste'cirin hakk-ı hapsi var iken, kefilden bunun teslimi mutâlebe olunamaz.

[**Ancak**] 666. maddede beyân olunduğu üzre [**kefâlet bi'n-nefsde mekfûlün-bihin vefâtiyle kefîl berî olduğu gibi, bunlar**] yâni kable'l-kabz mebî' ile merhûn, müste'âr, emânât-ı sâire [**telef olduğu takdîrde dahi**] kefâlet bi't-teslîm münfesih olarak [**kefile bir şey lâzım gelmez.**]

Meselâ, kable'l-kabz mebî' veya merhûn veya me'cûr telef olsa, kefîl üzerine asla bir şey terettüb eylemez. Yâni bir kimse diğer kimesneden bir mal satın alıp da, semeni verdiği halde, mebî'i henüz kabz etmemekle, mebî'-i mezkûrü ona teslîme bir şahs kefîl oldukdan sonra, mebî'-i mezkûr bâyi' yedinde telef olsa, kefîl üzerine mebî'in kıymeti lâzım gelmeyeceği gibi, bâyi'in makbûzu olan semenin müşteriye iâdesi dahi kefile lâzım gelmez. Zîra kefîlin bunlara kefâleti yokdur. Amma bâyi' üzerine redd-i semen lâzım olduğu bu maddede tasrîh edildi.

Nitekim bir kimse borcu mukābilinde, bir malı diğer kimesneye rehin ve teslîm ve ba'dehü îfâ-yı deyn ettikden sonra, merhûn henüz mürtehin yedinde iken, bir şahs, mezkûr rehinin râhine teslîmine kefîl ve ba'dehü kable't-teslîm, mürtehin yedinde merhûn telef olsa, kefile bir şey lâzım gelmez. Amma kitâb-ı rehinde şerhan beyân olunacağı üzre rehinin mukābili olan deyn sâkıt olacağından, mürtehinin makbûzu bulunan deynin dâyine -râhine- reddi mürtehin üzerine lâzım gelir. *(Tatarhaniye fî 21 faslen).*

Kezâ bir kimse, ayn olan ücrete kefîl olup da ba'dehü ücret-i mezkûre kable't-teslîm yed-i müste'cirde telef olsa, kefîl kefâletten berî olur. Amma müste'cir üzerine ecr-i misil lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' ve'l-ışrûn mine'l-icâre).*

Bu fıkrada "kefâlet bi'n-nefsde mekfûlün-bihin vefâtiyle kefîl berî olduğu gibi" mes'elesi istıdrâdîdir. Maksûd, bi'z-zât "bunlar telef ..... İlâ âhirihi" mes'elesi olmakla 666. maddenin fıkra-i sâniyesi müstedrek addolunmaz.

Fâide: Bir kimse yaş hurmaya kefîl oldukdan sonra, yaş hurmanın zemanı geçmekle, asîl üzerine hurmanın kıymetiyle hükmedilse, kefîlin kefâleti yine yaş hurmaya kalır; kıymete tahavvül etmez. Zîra kıymete tahvîlini îcâb edecek sebep yoktur; ve asîlden kıymet alın-

---

19 ولو رد رجع عليه باجر مثل عمله اذا الكفيل بامر يرجع بما ضمن وشمل عمله اجر عمله ولو اخذ به وكيلا لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل, تعليقات ابن عابدين على البحر

dığında kefîl berî olur. Kefîl yaş hurmayı te'diye ettiği sûretde asîle rücû' eyler; kefâlet, asîlin emriyle olur ise... *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)*

Lâhika, mekfûlün-bihe ait diğer şarta dâirdir.

Kefâletde mekfûlün-bihin makdûrü't-teslîm ve kefilden istihsâli mümkün olması şarttır. Meselâ kısasa kefâletin adem-i cevâzı dahi buna mebnîdir. *(Mecma'u'l-enhur)*. (Madde-i âtiyeye bakınız.)

Bu cihetle meyyitinveya kaybolup da mekânı belli olmayan şahsın nefsine kefâlet sahîh olmaz. *(Bezzâziyye)*. (630. madde şerhine bak.)

Yine bu cihetle zamân-ı halâs bâtıldır. Yâni bir kimse şâyet mebî'a müstahık çıkar ise, müstahık yedinden mebî'i kurtararak müşteriye teslîme kefîl olsa sahîh olmaz. Zîra müstahık, bey'i mücîz olmaz ise, kefîl buna muktedir olamaz. Amma mebî'in müstahıkdan tahlîsına, ve mümkün olamadığı halde, semen-i mebî'in reddine kefîl olsa sahîh olur. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)*

Yine bu cihetle, yük için istikrâ olunan mu'ayyen bir dâbbenin hamline kefâlet sahîh değildir. Meselâ bir kimse, diğer kimesneden filan mahalle kadar mâlûm yükü götürmek üzre mu'ayyen hayvan istikrâ edip de, bir şahıs mezkûr hayvanın o yükü götürmesine kefîl olsa sahîh olmaz. Zîra ma'kūdün aleyh gayrin mülkü olan mu'ayyen hayvanın yüküdür.

Binâenaleyh kefîl, onu teslîmden âciz olduğu gibi, kefîl kendi tarafından başka dâbbe verse de bununla yükü nakletse, bu dâbbe ma'kūdun aleyh olmadığından, bu dâbbe için ücret lâzım gelmez. *(Dürer)* Amma hayvan-ı me'cûr, gayr-i mu'ayyen olsa buna kefâlet sahîh olur. Kefîl, kendi hayvanına bi't-tahmîl nakleder. Zîra mûcir üzerine vâcib olan mutlak haml olmakla, kefîl ona muktedirdir. (541. maddeye bakınız.) Ve kefîl, yükü nakl ettiğinde, kefâlet bi'l-emir olduğu sûretde, mükâri üzerine yevm-i zamân -yükü nakleylediği vakitdeki ecr-i misliyle rücû' eyler.

Yine bu cihetle bir kimse medyûnun filan malını bey' ile semeninden edâ-yı deyne kefîl olsa, kefâlet sahîh ve kefîl mutâleb olmaz. Havâlede dahi hüküm böyledir. (696. madde şerhine bak.) *(Ali Efendi fi'l-kefâlet)*.

Yine bu cihetle ecîr binâ gibi bir şeyi, ta'ahhüd ederek müste'cire nefs-i amel için, kefîl verdikde 572. madde vechile mutlak olarak mukâvele olunmuş ise kefâlet sahîh olur. Bu sûretde kefîl mekfûlün-bihi îfâ ettiğinde, mekfûlün-anhden, bâliğan-mâ belağ ecr-i misil alır; kefâleti emriyle ise... Amma me'cûrun bizzat amel etmesi şart edilmiş ise, bu sûretde nefs-i amele kefâlet câiz değildir. Fakat mûcirin nefsine kefâlet yine câizdir. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-rabi' ve'l-ışrûn mine'l-icâre)*.

632. MADDE

[**Ukūbâdda**] -cezâlarda- [**niyâbet**] câiz ve [**cârî olmaz.**] *(Dürr-i Müntekā.)* Yâni, birinin çekeceği cezâyı niyâbeten diğerine çekdirmek câiz değildir. Zîra ukūbeden maksûd zecrdir. Ukūbetin nâ'ib aleyhine ikāmesiyle fâilinin zecri hâsıl olmaz. *(Kifâye)*

Sâhib-i İnâye bu delil üzerine ber-vech-i âtî îrad teşkîk ediyor: Zecirden maksûd, ya cânînin zecridir. Bu zecir dahi cânînin cezâ-dîde edilmesiyle, o cânî, münzecir olarak bir daha onun misline avdet etmesin mutâla'asına mebnîdir. Bu maksad, kısasın gayrisinde mevcuddur. Fakat bu maksad, kat'iyyü'l-husûl olmayıp, binâenaleyh bâzan bu maksadın hâsıl olmadığı dahi vâki'dir. Nitekim bâzı münhemikîn, işledikleri cürmün cezâsını gördükleri halde, yine o gibi cürmleri îkā' ettikleri görülüyor. Amma kısasda, ba'de'l-kısas cânînin yine îkā'-ı cürüm etmesi mutasavver olmamakla, bunda cânînin zecri maksadı asla hâsıl ve mutasavver olmaz. Yahut cânînin gayrisinin zecridir ki, bu maksad, ukūbetin cânînin gayrisi aleyhine ikāmesiyle dahi hâsıl olur. Binâenaleyh ukūbâtda niyâbetin adem-i cevâzı üzerine sâlifü'z-zikr delil ile istidlâl olunamayıp belki icmâ' ile istidlâl edilmelidir, çünkü ehl-i ilimden hiçbiri tarafından ukūbâtda niyâbetin adem-i cereyânına muhâlefet edilmemişdir. Bu cihetle bu teşkîk, müsellemâtda teşkîk olacağından mesmû' değildir. İntehâ.

Lâkin *Sâhib-i İnâye*' nin şu teşkîki cây-i suâldir. Zîra cânînin cezâsını nâibi aleyhine icrâ etmek îkā'-ı cürüm ü cinâyet eyleyen ağniyâ, kendi aleyhlerine icrâ olunacak cezâyı kabûl eden fukarâyı makamlarına ikāme edecekleri cihetle, bâb-ı cinâyât ve cerâyimin infitâhı lâzım gelerek sedd-i bâb-ı cinâyâtda hudûd -cezâlar-'un bir gûnâ eseri kalmaz. Amma bâzı münhemikîn, cezâ-dîde edildikleri halde, bunların tekrar mûcib-i cezâ olan fi'ili işlemeleri nâdiren vâki' olur. Bu tekrâr, mücrimin nâibi aleyhine icrâ-yı mücâzât edilmesinin cevâzına ictihâda sâlih olmamakla beraber, tekrar îkā'-ı cürüm ettiğinde ukūbeti dahi tezyîd ve bu vechile avdet ve tekrardan men' olunur. Ma'a zâlik bu avdet ve tekrârın zararı infitâh-ı bâb-ı cinâyâtın zararından ekalldir

[**Binâenaleyh**] nefs-i [**kısâsa ve**] kavd gibi [**sâir ukūbât ve mücâzât-ı mezkûrenin nefsine**] -atf-ı tefsirdir- [**kefâlet**] ve bunlara zamân [**sahîh değildir.**] Zîra bunların kefilden istîfâsı Şer'an mümkün olmaz. Halbûki mekfûlün-bihin, makdûru't-teslîm olmasının meşrûtiyyeti madde-i ânife şerhinde beyân olunmuş idi.

[**Amma**] ibâdın hakkı bulunan mücâzâda cezâlandırılacak şahsın nefsine kefâlet, kefâlet-i nefsiyye olarak sahîh olduğu gibi hatâ'en [**cârih ve**] hatâ'en [**kātil üzerine**] -bunların maldan- [**lâzım gelen erş ve diyete kefâlet**] dahi kefâlet-i mâliye olarak [**sahîhdir.**] *(Tenvîr ve Redd-i muhtâr)*[20] Nitekim bir kimse diğer kimesneyi, mûcib-i kısâs katil ile katlettikden

20 Erş, uzvun diyetine ıtlak olunur. Amma diyet, cinâyet fi'n-nefsde maktûlün nefsine bedel ve cinayet fî mâ-dûnü'n-nefsde; mecruha, cerh edilen uzvuna bedel cânî üzerine lazım gelen maldır. Bu halde burada atfu'l–âmm ale'l-hâss vardır.

sonra maktûlün veresesiyle kısasdan şu kadar kuruşa sulh olup da, bedel-i sulha bir şahıs kefîl olsa, kefâlet sahîh olur. *(Netîce)*

633. MADDE

[**Mekfûlün-anhın yesârı**] kefâlet-i mâliyenin sıhhatinde [**şart olmayıp**] binâenaleyh, müflis olmayanın deynine kefâlet sahîh olduğu gibi deyn-i [**müflise dahi kefâlet sahîh olur.**] Kefâlet eden gerek asîlin vârisi, gerek ecnebî olsun.

Buradaki müflis, deynine mukābil malı veya mezkûr deynin edâsına kefili veya rehini bulunmayan kimse demektir. Yoksa 999. maddedeki ma'nâ burada maksûd değildir. *(Redd-i muhtâr).*

Mâlûm olmalıdır ki müflisde iki i'tibâr vardır:

İ'tibâr-ı evvel: Müflisin ber-hayât bulunmasıdır. Ber-hayât bulunan müflisin borcuna kefâlet etmek bi'l-ittifak sahîh olur. Zîra deyn, medyûn-ı hayyin zimmetine ta'alluk eder. Bu halde yâni ba'de'l-iflâs ise zimmet bâkīdir. Meselâ bir kimseye iflas târî olup da asla malı bulunmasa bile, onun borcuna bir şahıs kefîl olsa sahîh ve kefîl mutâleb olur. Velev ki kendisinin hâl-i yesârında kefâlet etmiş diğer kefîl yahut rehin dahi bulunmasın.

İ'tibâr-ı sânî: Müflisin vefat etmiş olmasıdır. Bir kimse, asla malı veya borcuna kefili veya rehini olmadığı halde, medyûnen vefat etdikden sonra, mezkûr deyne birisi kefîl olsa, câiz olup olmadığında ihtilâf olunmuşdur. İmam-ı A'zam rahımehüllahü Te'âlâ indinde kefâlet-i mezkûre câiz değildir; bâtıldır. Çünkü müflis, malı ya o mala rehin veya kefili terk etmediği cihetle kefîl, ahkâm-ı dünyaca bi'z-zarûre sâkıt olan deyne kefîl oluyor. Halbuki sâkıt olan deyne kefâlet câiz değildir. Vâkıa bu gibi müflisen vefât eden bir kimsenin borcunu diğer kimesne teberru'an edâ etse câiz ise de, bu vechile teberru'un cevâzı, deyn-i mezkûr dâyin hakkında bâkī olduğuna mahmûldür. *(Mecma'u'l-enhur)*. Meşâyih-i İslâmiyye tarafından dahi müşârun-ileyh İmam-ı A'zamın kavli üzre iftâ edilmişdir. *(Ali Efendi).*

Müflisin bir mikdar malı zuhûr ettiğinde, o mal mikdarı kefâlet sahîh ve mâadâsında gayr-i sahîh olur. Şu kadar var ki meyyit-i müflise deyn, ba'de mevtihi lâhık olsa ona kefâlet sahîhdir. Meselâ meyyit-i müflis, hâl-i hayâtında tarîk-ı âmmda, bilâ-emri veliyyi'l-emir kuyu kazıp da ondan dolayı bir şey telef olsa zamân lâzım gelir. Zîrâ deyn, vakt-i sebebe yâni hafr-i bi're müsteniden, sâbit olur ki, vakt-i mezkûrde müflisin zimmeti var

idi. *(Dürr-i muhtâr)*[21] Amma İmâmeyn rahimehüma'llahü Ta'âlâ'ya göre müflis-i meyyite dahi kefâlet sahîh olur[22]

Vâkıa bâlâda mezkûr olduğu üzre müflis-i meyyite kefâlet meselesinde *Mecelle*'nin neşrine kadar İmam-ı A'zam *(rahımehü'llah)* kavli müftâ-bih idi. Lâkin bu maddede hayy veya meyyit diye takayyüd edilmeksizin ale'l-ıtlâk müflise kefâletin sahîh olduğunun beyân olunması İmâmeyn kavillerinin ihtiyâr buyurulduğuna delâlet eder denilebilir.

21 المستند يثبت اولا فى الحال ثم يستند فوجب القول بصحة الضمان لعدم المانع. عبد الحليم. وقيد بالكفالة بعد موته لانه لو كفل فى حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لايبطل الرهن لان سقوط الدين عنه فى احكام الدنيا فى حقه للضرورة فتقدر بقدرها فابقيناه فى حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة. بحر

22 لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين؛ قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يا رسول الله فصلى عليه ولانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يجد المسقط ولهذا يبقى فى احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح ولذا يبقى اذا كان به كفيل. بحر.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE

BÂB-I SÂNÎ

Kefâletin ahkâmı beyânında olup üç faslı hâvîdir.

Bu bâbda bulunan mühim mesâilin hulâsâsı ber-vech-i âtî zikrolunur.

Hulâsa-i Bâb-ı Sânî

Ahkâm-ı Kefâlet

-1-

1- Kefâlet-i hükmî, mekfûlün-lehin kefilden mekfûlün-bihi mutâlebedir.

2- Kefâlet in'ıkādından ve deynin zimmet-i medyûna terettübünden sonra hıyâr-ı şart veya hayâr-ı rehinle muhayyer olmadıkça kefîl kendisini kefâletten ihrâc edemez.

3- Mekfûlün-bihi zâmindir ve mekfûlün-leh ister kefilden, ister asîlden mutâlebe eder.[1]

4- Muhîlin adem-i berâeti şartiyle havâle kefâlettir.

5- Deyni te'diye eden kefîl asîle mürâca'at eder; kefâlet bi'l-emir ise...

-2-

Kefâlet-i mutlaka: Deyn asîl üzerine nasıl ve ne sıfatla vâcib olur ise kefîl üzerine dahi öyle vâcib olur. Fer' asla tâbi'dir.

Kefâlet-i mukayyede: Kayda i'tibâr olunur. Fer' vasıfda asla tâbi'dir. Kaydda ihtilâf olunsa söz, ma'a'l-yemîn kefîlindir.

Kefâlet-i mu'allaka: Mu'allakun-aleyh olan şart-ı mülâyim tahakkuk etmedikçe kefîl mutâleb olmaz. Tahakkuk ederse kefîl mutâleb olur. Bâb-ı

1 Müstesnâ:

1: Kefâlet, asîlin berâeti şartıyla olur ise mekfûlün-leh asîle mürâca'at edemez.

2: Kefîl deyni ikrâr, ve asîl deyni inkâr ve yemin eyler ise asîlden mutâlebe olunamaz; kefilden olunur. Zîra asıl sâbit olmadığı halde fer'in sâbit olduğu vardır.

evvelin hulâsasına mürâca'at ediniz. Gayr-i mülâyim şarta ta'lîkan kefâlet bâtıldır. Zîra kefâlet, ibtidâen nezir, intihâen bey' gibidir. Nezire müşâbeheti her nevi şarta ta'lîkını, ve bey'a müşâbeheti de, aslen şarta ta'lîkının adem-i cevâzını muktezî olmakla, fukahâ her iki ciheti nazar-ı dikkate alarak, bey'a müşâbeheti hasebiyle şart-ı gayr-i mülâyime ta'lîkı câiz olmadığı gibi, nezire müşâbeheti cihetiyle şart-ı mülâyime ta'lîkının sıhhatine kāil olmuşlardır. Şartın tahakkukunda kayd ve sıfatının tahakkuku lâzımdır.

Kefâlet-i muzâfe: Müstakbele muzâf olan kefâlette, muzâfun-ileyh bulunan zeman hulûl etmedikçe, kefîl mutâleb olmaz.

Kefâlet-i meşrûta:

Bi'ş-şartı's-sahîh:

Bi'ş-şartı'l-fâsid: Şart-ı fâsidin kefâlete idhâli kefâleti ibtâl etmez.

Kefâlet-i nefsiyye: Mekfûlün-bihin ihzârından ibârettir.

Kefâlet-i muvakkate:Kefîl ancak müddet-i kefâlette mes'uldür.

Kefâlet bi'd-derek: Müstehıkk, mebî'in kendisine âidiyyetini bi'l-isbât bâyi'in, semen-i mebî'i, müşteriye reddi lüzûmuna hükmolunmadıkça, kefîl muâheze olunmaz.

Kefâlet-i maliye: İki medyûn-ı müşterek yekdiğere kefîl olsalar, her biri mecmû'-ı deynle mutâlebdir. Sıfaten ve sebeben müsâvî deynlerin te'diyesinde, cihet-i asâlet cihet-i kefâlete müraccahtır. Gayr-i müsâvî deynlerin te'diyesinde, te'diye edenin sözü makbuldür. Vedî'adan, deyn-i mûd'in te'diyesini müstevdi' tekeffül ederse sahîh ve te'diyeye cebr olunur.

Kefâlet bi't-teslîm: Mekfûlün-bihin teslîmi keyfiyetinde söz bilâ yemîn mekfûlün-lehindir. Kefîlin vefâtında verese, mekfûlün-bihi teslîm etmelidir.

Kefâlet-i mü'eccele: Kefîl, deyn-i mü'ecceli hâlen te'diye ederse, asîle ecelin hıtâmında rücû' eder.

Müstesnâ:

1- Kefîl kable't-te'diye-i deynden asîli ibrâ ve deyni asîle hibe etse hakk-ı rücû' kalmaz.

2- Tâlib kefili berâet-i ıskāt -istîfâ değil- ile ibrâ ederse, kefîl asîle rücû' edemez.

3- Tâlib, kefîlin te'diyesini inkâr ve yemin etmekle kefîl bir daha te'diye etse, kefîl bu ikinci te'diye ile asîle mürâca'at edemez.

4- Kefîl, deyni tâlibe te'diye ettiğini iddia ve mekfûlün anh tasdîk ve tâlib de inkâr ve yemin ile mekfûlün-anhden istîfâ etse, kefîl, mekfûlün-anha rücû' edemez.

Kefâlet-i mu'accele: Derhal mutâlebe sâbit olur.

FASL-I EVVEL

[***Kefâlet-i münecceze ve mu'allaka ve muzâfenin***] ve kefâlet-i meşrûta bi'ş-şartı's-sahîh ve kefâlet-i meşrûta bi'ş-şartı'l-fâsidin [***hükmü beyânındadır.***]

Mâlûm olmalıdır ki kefâlet, meşrûta dahi olabilir. Zîra şart-ı müteâref ile vâki' olan kefâlet, sahîh ve şart mu'teberdir. Bu kefâletten *Mecelle* bahsetmiyor. Meselâ bir kimse diğer kimesneye "Senin filan şahıstaki alacağına zâminin; şu şartla ile ki, mezkûr deyn ile seni filan adam üzerine havâle edeyim." diye kefîl olsa sahîhdir. O kimse ber-mûceb-i şart, o adam üzerine havâle ve o kimesne dahi kabûl ettiğinde, kefâlet câiz hatta o adam havâleyi kabûl etmese bile kefîl yine mutâleb olacağı gibi, o adam vefât etmekle, havâle icrâ edilmek mümkün olamasa, yine kefîl mutâleb olur. Amma o kimesne havâleyi kabûl etmese, kefîl zamândan berî olur. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr kubeyle'l-kazâ ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-büyû')* Bu şartla havâlede iki cihet te'emmüle şâyândır. Birincisi, mekfûlün-lehin havâleyi kabûl eylemesidir. Bu şart kābil-i icra olduğundan mu'teber oluyor. Diğeri muhâlün-aleyh olacak adamın havâleyi kabûl eylemesidir. Dâyin ile kefîl arasında dermeyân olunan bu şart, kābil-i icrâ değildir. Çünkü dâyin ile kefîlin yed-i iktidârında bulunmayan bir şarttır. Binâenaleyh şart-ı mezkûr lağv ve kefâlet sahîh oluyor.

Şart-ı gayr-i müteâref ile vâki' olan kefâlet sahîh ve şart bâtıl olur. Diğer bir ta'bîrle şart-ı fâsidin idhâli, sıhhat-i kefâleti ihlâl eylemez. (82. madde şerhine bak.) *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet)*

Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin borcuna -filan ve falan adamlar dahi mezkûr borcun şu mikdarına kefîl olmaları şartıyla- kefîl olsa, o kimsenin kefâleti sahîh olur. Onlar, yâni filan ve falan adamlar kefâletten imtinâ' etmeleriyle o kimse terk-i kefâlette muhayyer olamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis ve Bezzâziyye fi'l-bey' bi-şart)* Bu şartın icrâ ve îfâsı kefîl-i evvel ile mekfûlün-lehin yed-i iktidârında olmadığından, şart-ı mezkûr hükümsüz oluyor.

634. MADDE

[**Kefâletin hükmü mutâlebedir.**] Hüküm, eser-i müterettib ma'nâsına olmakla, kefâlet üzerine terettüb eden eser, mutâlebedir demek olur.

[**Yâni**] kefâletin hükmü [**mekfûlün-lehin kefilden mekfûlün-bihi mutâlebeye hakkı olmaktır.**] Mekfûlün-lehin mekfûlün-bihi asîlden mutâlebe edebilmesi gerek mümkün, gerek gayr-i mümkün olsun; kefâlet, gerek münecceze, gerek mu'allaka veya muzâfe olsun ve mekfûlün-bih gerek nefis -kefâlet bi'n-nefsde olduğu gibi- gerek mazmûn bi-aynihi mâl-i ayn veya mâl-i deyn -kefâlet bi'l-mâlda olduğu gibi- gerek teslîm olsun -kefâlet bi't-teslîmde olduğu gibi. *(Tenvîr ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr.)*

Fakat, kefâlet-i münecceze, mu'allaka veya muzâfede kefîl üzerine mutâlebenin terettübü muhtâc-ı tafsîl olmakla, âti'z-zikr iki maddede deniliyor ki kefâlet-i mu'accelede fi'l-hâl, mü'eccelede, ecel hulûlünde, kefâlet-i mu'allakada, mu'allakun aleyh olan şartın sübûtu indinde ve muzâfede, izâfe olunan zemanın hulûlünde, mekfûlün-leh kefilden mutâlebe eder.

Hakk-ı mutâlebe, burada mutlak olarak mezkûr olmasından dahi müstefâd olur ki, tâlib, kefîl ile asîlden birinden mutâlebe etmiş olsa bile, hakîkaten istîfâ vâki' olmadıkça, diğerin berâetini îcâb etmez. Binâenaleyh tâlib, mekfûlün-leh olan asîlden mutâlebe ettikden sonra onu terk ile kefilden mutâlebe edebileceği gibi, asîlden mutâlebe etmekle kefilden hakk-ı mutâlebenin sükūtunu îcâb etmez. Nitekim asîlden evvelen mutâlebe etmediği cihetle, kefilden mutâlebeye hakkı yoktur, denilemez.[2] (*Redd-i muht*âr).

Meselâ, dâyin alacağını medyûnundan dâvâ ederek taht-ı hükme aldırdıkdan sonra i'lâmı icrâ ettirmeyip de, kefîl aleyhine dâvâ ederek, mekfûlün-bihi taht-ı hükme aldırabilir ve bu iki i'lâmı icrâ ettirebilir. Bunun üzerine, birinden bir mikdar istîfâ ederse, bâkīsini diğerinden alabilir. Nitekim hem kefîl hem de asîlden dâvâ ederek ikisini dahi bir i'lâm ile mahkûm ettirebilir.

635. MADDE

[**Kefâlet-i müneccezede**] 652. maddede beyân olunduğu üzre kefâlet-i mezkûre mutlak -kefâlet-i mürsele- olduğu takdirde deyn, asîl üzerine ne sıfatla vâcib olur ise, kefîl üzerine dahi o sıfatla vâcib olur. Yâni [**deyn eğer asîl hakkında mu'accel**] ve peşin [**ise derhal, ve mü'eccel ise müddet-i mu'ayyenesinin**] -ecelin- [**tamamında kefîl**] mâl-ı mekfûlün-bih ile [**mutâleb olur.**] *(Ankaravî fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet.)*

Nitekim, asîl hakkında, bir miktarı mu'accel ve bir miktarı mü'eccel ise, mu'accel olan kısmıyla derhal ve mü'eccel olan miktariyle, müddet-i mu'ayyenesinin tamamında, kefîl mutâleb olur. Zîra zimmet-i kefîl, zimmet-i mekfûlün-anha tâbi'dir ve *Mecelle*'nin 47. maddesinde zikrolunduğu üzre, vücudda bir şeye tâbi' olan hükümde dahi ona tâbi' olur. Nitekim 644. maddede beyân olunduğu üzre, asîl dahi ol vechile mutâlebe olunur. Amma kefâlet-i mezkûre mukayyede olur ise bunun hükmü 643. maddede gelir.

[**Meselâ bir kimse birinin**] meselâ filan kimesnenin [**borcuna kefîl oldum, dedikde**] yâni bu vech üzre kefâlet-i mutlaka -kefâlet-i mürsele- ile kefîl olduğunda [**borç**] asîl hakkında [**eğer mu'accel ise derhal, ve mü'eccel ise müddeti**] -ecel- [**hıtâmında dâyin alacağını kefil**] ve keza asîl [**den mutâlebe edebilir.**] Metn-i maddedeki münecceze kaydı ihtirâzî

---

2 بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب

değildir. Zîra kefâlet, mu'allaka veya muzâfe olup da madde-i âtiye vechile şart tahakkuk veya izâfe olunan vakit hulûl ederek kefâlet, münecceze hâlini kesb ettiğinde yine bu maddenin hükmü cârîdir. Fakat *Mecelle*'nin ayrıca bunu zikretmemesi bu maddede dâhil olduğuna mebnîdir. Çünkü, meselâ kefâlet-i mu'allakada şart vâki' olduğunda, kefâlet-i mezkûre münecceze olur.

İşbu madde ile 652. madde müeddâsı şey-i vâhidi ifhâm ettiğinden aralarında fark yoktur. Belki mezkûr 652. maddede müneccezî kaydı olmamakla daha eşmeldir.

636. MADDE

Müteâref ve kefâlete mülâyim bulunan [**amma bir şarta mu'allak**] yahud [**zemân-ı müstakbele muzâf olarak mün'akid olan kefâlette**] mu'allakun-aleyh olan [**şart tahakkuk ve**] ya muzâfün-ileyh olan [**zemân**]-ı müstakbel [**hulûl etmedikçe kefîl mutâleb olmaz.**] Amma şart tahakkuk yahut zemân-ı müstakbel hulûl ettiğinde, kefîl mâdde-i ânife vechile mutâleb olur. Nitekim 651. maddede beyân olunmuşdur. (82. maddeye ve şerhine bak.)

Bu maddede sarâhaten ve zımnen dört hüküm mündericdir:

Hükm-i evvel: Şarta mu'allak olarak mün'akid olan kefâlette şart tahakkuk etmedikçe, kefîl mutâleb olmaz. Bu hüküm, bu madde ile 651. maddenin sarâhatinden müstefâd olur. Zîra mezkûr maddenin ikinci fıkrasında "..........bir şey terettüb etmez." deniliyor.

Hükm-i sânî: Şarta mu'allak olarak mün'akid olan kefâlette şart tahakkuk ettiğinde, kefîl mutâleb olur. Bu hüküm, şu maddeden zımnen ve 651. maddeden sarâhaten müstefâd olur.

Hükm-i sâlis: Zemân-ı müstakbele muzâf olarak mün'akid olan kefâlette, zemân-ı müstakbel hulûl etmedikçe kefîl mutâleb olmaz. Bu hüküm dahi bu maddeden sarâhaten müstefâd olur.

Hükm-i râbi': Zemân-ı müstakbele muzâf olarak mün'akid olan kefâlette, zemân-ı müstakbel hulûl ettiğinde, kefîl mutâleb olur.

İşte, âtîde beyân ve zikrolunan emsile bu ahkâm-ı erba'adan hangisine müteferri' olduğu erkām ile ve meselâ birinci hükme müteferri' olan misal (1) rakamiyle, ve ikinci hükme müteferri' bulunan misal de, (2) rakamiyle işaret olunacaktır.

(1) meselâ bir kimse diğer kimesnenin nefsine ve gaybet eder ise, borcuna kefîl olduğunda, o kimesne gaybet etmiş değil iken, kefâlet-i mezkûreye binâen o kimseden meblağ-ı mezkûr lâzım gelmez. *(Ali Efendi fî ta'lîkı'l-kefâle bi'ş-şart).*

(1) Bir kimse diğer kimesneye "Filan şahısda olan şu kadar kuruş alacağıma filan adam kefîl oldu, sen de kefîl ol." dediğinde, o kimesne dahi "Ol adam kefîl oldu ise, ben dahi olayım." dese, lâkin o adam kefîl olmuş olmasa 624. madde vechile va'd-i mu'allak ile kefâlet sahîh olur denilerek o kimesne bu mertebe ile kefîl olmuş olmaz. *(Ali Efendi).*

(1) Bir kimse diğer kimesneye, filan şahıs gelir ve sana borcu olduğunu ikrâr eder ise, ben kefilim dediğinde, o şahıs gelerek borç ikrâr etmese, o kimseye bir şey lâzım gelmez. *(Feyzıyye fi'l-kefâlet).* Nitekim o şahıs ikrâr etmeyip fakat o kimesne alacağını şuhûd ile isbât eder yahud teveccüh eden yeminden nükûl eyler ise, zâhir olan yine o kimseye bir şey lâzım gelmez.

Şerh-i madde esnâsında dahi zikrolunduğu vechile şartdan maksûd, şart-ı mülâyimdir. Şart-ı mülâyim, yâni kefâlete muvâfık olan şart ber-vech-i âtî üç nev'-a inhisâr eder.

Nev'-i evvel: Mekfûlün-bihin îfâsı asîl üzerine lâzım olmasına sebeb olan şarttır. Emânâta kefâletin emânâtı istihlâke veya inkâra; vedî'aya kefâletin, vedîin vedî'ayı mücehhelen vefâtına; semen-i mebî'a kefâletin akd-i bey'a; mâla kefâletin malı gasba; dereke kefâletin mebî'i bi'l-istihkāk zabta; deyn-i mü'eccele kefâletin hulûl-i ecele ta'lîkı gibi.

Meselâ "Filan, senin vedî'anı istihlâk veya inkâr eder veya mücehhelen vefat eyler ise, mezkûr vedî'aya kefilim." yahut "Filana mal satar isen semenine kefilim.", yahut, "Filan, malını gasbederse ben zâminin." yahut "Mebî' yedinden bi'l-istihkāk zabt olunur ise, o mebî'in semenine veya filandaki alacağın eceli hulûl eder ise, mezkûr alacağına kefilim." demek gibi. Zîra meselâ emânetin istihlâki veya inkârı ve kezâ vedîin mücehhelen vefâtı vedî' üzerine zamânın lüzûmuna sebebdir. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sâbi')* (787 ve 801. maddelere bak.)

Nitekim 369. madde hükmünce akd-i bey', lüzûm-ı semene ve 890. ve 891. maddeler mûcebince gasb lüzûm-ı zamâna ve mebî'in bi'l-istihkāk zabt edilmesi, bâyi'in semen-i mebî' olarak aldığı meblağın müşteriye redd ve iâde edilmesi lüzûmuna sebebdir. *(Redd-i muhtâr).*

Bu maddenin âti'z-zikr "kezâ filan adam senin mülkünü sirkat..... İlâ âhirihi" fıkrası mekfûlün-bihin îfâsı asîl üzerine lâzım olmasına sebeb olan şart kabîlindendir.

Nev'-i sânî: Mekfûlün-bihin mekfûlün-anhden ahzı, kefîl hakkında kolaylığı mûcib olan şarttır. Kefâletin mekfûlün-anhin veya mudâribenin veya vedî'inin veya gāsıbının âhar yerden gelmesine ta'lîkı gibi. Zîra mekfûlün-bihin ondan istîfâsına sebeb mevsıldır. *(Redd-i muhtâr).*

Yâni bu halde kefîl, mekfûlün-bihi mekfûlün-anhden veya mudâribinden veya vedî'inden ahz ederek mekfûlün-lehe verir.

Bir kimse diğer bir kimesneye "Senin medyûnun filan veya medyûn-ı merkūmun mudâribi veya vedî'i veya gāsıbı gelir ise o medyûnda olan alacağına kefilim." demek gibi.

Zîra, mekfûlün-anhin mudâribi âhar yerden geldiğinde, kefîl ondan mekfûlün-bihi alarak mekfûlün-lehe i'tâ edebilir. Yâni mekfûlün-anhin mudâribi âhar yerden geldiğinde, mekfûlün-anhin mudârebe tarîkıyla mudâribin yedinde bulunan parasını, kefîl alarak mekfûlün-anha verebileceğinden, kefîl ber-vech-i meşrûh, mekfûlün-bihi kolaylıkla tâlibe vermeğe muktedir olur. Bundan anlaşıldı ki, filanın gelmesi fi'l-cümle edâya vesîle lâzım olur. Fakat onun -filanın- asîl olması lâzım değildir. Lâkin o filan min külli vechin ecnebî olur ise, onun kudûmüne ta'lîk olunduğunda kefâlet sahîh olmaz. *(Redd-i muhtâr ve mislihi fi'l-fasli'r-râbi' mine'l-Ankaravî)* Nitekim, bu madde şerhinin âhirinde îzâh olunur.

Nev'-i sâlis: Mekfûlün-bihi mekfûlün-anhden istîfânın ta'azzürünü ve güçlüğünü mûcib olan şarttır. Bunun emsilesi kesîrdir.

Kefâletin kable edâi'd-deyn, medyûnun gaybûbetine -âhar yere gitmesine- veya müflisen vefâtına, medyûnun deyni adem-i îfâsına veya medyûnun îfâ-yı deynden acziyetine ta'lîkı gibi. *(Redd-i muhtâr)*

Bir kimse diğer kimesneye "Senin medyûnun filan, kable edâi'd-deyn gaybûbet veya müflisen vefât eyler ise, ondaki alacağına kefilim." yahud bir kimse diğer kimesneye "Filanda olan alacağın telef olursa ben zâminim." demek gibi.

Kezâ, "Medyûnun îfâ-yı deynden âciz kalır ise deyni üzerime olsun." dese sahîh olur.

Medyûnun aczi "Medyûn te'diye-i deyne kādir olsa idi bu kadar müddet mahbûsiyete tahammül edemez; deynini verirdi." denilebilecek müddet habsedilip de îfâ-yı deyn etmemesiyle tahakkuk eder. O halde kefile zamân lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis).*

Âtîdeki şerhan iki rakamı ile işâret olunan *Mecelle*'nin birinci misâli, bu nev'-i sâlisdendir.

İşte kefâletin şu üç nev' şarta ta'lîkı sahîh ve mu'allakun-aleyh i'tibâr olunan şart vâki' olduğunda, kefîl dahi mutâleb olur. Amma ondan evvel olmaz.

(2) [**Meselâ**] bir kimse diğer kimesneye lede'l-mutâlebe [**filan adam senin alacağını vermez ise edâsına kefilim dedikde, kefâlet meşrûtan**] -mu'allakan- [**mün'akid olup, lede'l-mutâlebe ol adam borcunu**] o kimesneye [**vermez ise**] yâni vermem dese, yahud veririm dediği halde bi'l-mumâtale bir müddet geçmiş iken vermese, derhal [**kefilden mutâlebe olunur**] ta'bîr-i diğerle, mekfûlün-leh için kefilden hak-ı mutâlebe sâbit olur. Nitekim 644. madde hükmünce asîlden dahi mutâlebe edebileceği gibi.

(1) [**Yoksa asîlden kable'l-mutâlebe**] yâni borç asîlden mutâlebe olunup da vermediği tahakkuk etmedikçe mu'allakun-aleyh bulunmayacağından, kefâlet dahi ma'dûm olduğuna mebnî [**kefil mutâleb olmaz.**] Hattâ kable't-taleb asîl vefât etse, artık ondan sonra mu'allakun-aleyhin tahakkuku gayr-i kābil olduğu cihetle, kefâlet bâtıl olur. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet).*

(2) Kezâ, bir kimse diğer kimesneye, "Bu gün filana ne satarsan semenine kefilim." deyip de o kimesne filana iki mal satsa, ikisinin de parasını vermesi lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis).*

(2) Kezâ, bir kimse "Filan kimesnenin falan şahıs için ikrâr edeceği mala zâminim." dedikten sonra, o kimesne o şahıs için bin kuruş ikrâr etse, kefîl mutâleb olur. Başkaca, deynin isbâtına lüzum yoktur; vakt-i ikrârda kefîl gerek hayatta, gerek vefat etmiş bulunsun. Ve kefîl vefat etmiş ise mukarrun-bih terekesinden istîfâ olunur.

(1) Amma kable'l-kefâle ikrâr ettiğine ikāme-i beyyine olunsa, kefile bir şey lâzım gelmeyeceği gibi, o şahıs o kimesneden bir meblağ dâvâ ve o kimesne inkâr etmekle, lede'l-istihlâf, o kimesne yeminden nükûl etse, bu nükûl ikrâr sayılmayacağından -çünkü nükûl ınde'l-İmam bezldir- meblağ-ı mezkûr ile kefîl mutâleb olmaz. *(Ankaravî fi'l-fasli'l-evvel ve Bezzâziyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis)*

(2) Kezâ, filan gün teslim etmek üzre falan kimesnenin nefsine ve teslim edemez ise ikrâr edeceği mala kefîl oldukdan sonra, teslim edemese de o kimesne bin kuruş borç ikrâr etse, kefîl mutâleb olur.[3]

Amma bir kimse yarın teslim etmek üzre diğer kimesnenin nefsine ve teslim edemez ise, tâlibin ondan iddiâ edeceği mala kefîl olup da, yarın teslim edemeyerek tâlib o kimesneden bin kuruş dâvâ ve o kimesne dahi ikrâr ettiği halde kefîl inkâr ettiğinde, söz adem-i ilme yeminiyle kefîlindir. *(Bezzâziyye ve Hindiyye)*

Kefîl, yeminden nükûl eder ise zamân lâzım geleceği gibi, tâlib alacağına beyyine ikāme eyler ise, kefile zamân lâzım gelir.

Ta'lîk bi'l-ikrâr ile ta'lîk bi'd-dâvâ beynindeki fark: Bunların arasında fark şudur ki, mes'ele-i ikrârda kefâlet her vechile sebeb-i vücûb-ı mâla muzâf kılınmakla, bu ta'lîk teâmüle binâen câizdir. Amma mes'ele-i dâvâda kefâlet, yalnız min vechin sebeb-i vücûba muzâf kılınmışdır. Şöyle ki: Dâvâ, müdde'î hakkında sebeb-i vücûb ise de, müdde'â-aleyh hakkında sebeb-i vücûb değildir. Ve min vechin sebeb-i vücûba kefâletin izâfesinde teâmül yokdur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis).*

(2) Kezâ bir kimse diğer kimesheye "Medyûnun kable edâi'd-deyn vefât eyler yahud ondaki alacağın hulûl eder de vermez ise, meblağ-ı mezkûre kefilim." dese câiz olur. Bu takdirde asîl vefât, veya deyn hulûl etdikden sonra kefîl, asîl olan adam deyni te'diye, yâni hayâtında îfâ ettiği cihetle kendisinin kefâleti mün'akid olmadığını ve mekfûlün-leh

---

3 İkrâra izâfe sûretinde asîl ikrâr etmeyip de dâyin bi'l-beyyine isbât etse kefile bir şey lâzım gelir mi? Zâhir olan, lâzım gelmez.

te'diye etmediği cihetle, kefîlin kefâleti mün'akid olduğunu iddiâ ettiklerinde, söz ma'a'l-yemîn mekfûlün-lehindir. (*Ankaravî fi'l-fasli'r-râbi'*) (76. maddeye bak.)

(2) Kezâ bir kimse diğer kimesnenin nefsine ve o kimesneyi teslim edemez ise, falan adamın nefsine kefîl olduğunda, mekfûlün-lehin o adam zimmetinde dahi alacak hakkı bulunsa, kefâlet-i sâniye dahi câizdir. (*Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet.*) Bu sûrette o kimse o kimesneyi lede't-taleb, tâlibe teslîm edemez ise o adamın nefsine olan kefâlet, mün'akid olarak, lede'l-mutâlebe onu tâlibe teslim etmek lâzım gelir.

(2) [**Kezâ, filan adam senin malını sirkat eder**] veya falan adam vedî'anı itlâf eyler [**ise ben zâminim dese kefâlet**] şarta mu'allakan mün'akid ve [**sahîh ve ol adamın sirkati**] veya vedî'ayı itlâfı [**sâbit oldukda kefîl**] mâl-ı mesrûk veya vedî'a-i mütlefe ile [**mutâleb olur**] da o mal mevcud ise onu aynen ve müstehlek ise bedelen vedî'a-i mütlefeyi dahi bedelen sâhibine redd ve i'tâ eylemesi lâzım gelir.

Sübût-ı sirkat, kefîlin ikrâriyle olacağı gibi mekfûlün-leh tarafından ikāme olunacak beyyine ile dahi olur. Fakat kefîlin ikrâriyle sâbit olunca, bu ikrâr ile yalnız kefîl muâheze olunur. İkrâr-ı mezkûr asîle sirâyet eylemez. Amma, bi'l-beyyine sâbit olunca asîle dahi sârî olur. (78. maddeye bak.)

(2) Kezâ, bir kimse diğer kimesneye, "Filan adama satacağın malın semenine kefilim." dedikden sonra o kimesne o adama, evvelâ bir esterin nısfını ba'dehü diğer nısfını dahi satsa, kefîl yalnız evvelki satıştaki semenle mutâleb olur; ikincisiyle olmaz. (*Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis*). Çünkü, bu lafz-ı kefâlette tekrar îcâb eder ibâre yoktur.

(2) Kezâ, bir kimse filan adamın nefsine ve gāib olur ise deynine kefîl oldukdan sonra, o adam gāib olunca kefâlet-i mâliye mün'akid olacağından, hatta o adam ba'dehü geliver-mekle, kefîl onu mekfûlün-lehe teslim etse bile, kefile borcun zamânı lâzım gelir. (*Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis*). Çünkü, kefâlet-i mâliye mün'akid olur. Bundan sonra ondan halâs ise 659. ve 660. maddeler hükmünce edâ veya ibrâ ile mümkün olur. Yoksa 640. maddede zikrolunduğu üzre kefîl kendisini kefâletten ihrâc edemez.

(2) Kezâ, bir kimse, diğer kimesneye "Falan adama mal satar isen semeni benim üzerime olsun." dese, o adam ilk defa mal sattığında, bunun semeniyle kefîl mutâleb olur. Amma ikinci defa sattığı malın semeniyle mutâleb olmaz, meğer ki, "küllemâ bâya'te filânen fe aleyye" yâni "Her ne vakit o filana mal satar isen semeni benim üzerime olsun." demek gibi her "küllemâ" ma'nâsını ifâde eder vech üzre ta'lîk etsin. Bu halde kefîl, ikinci, üçüncü ve hâkezâ satışlardaki semen ile dahi mutâleb olur. Zîra "küllemâ" sözü tekrârı ifâde eder. "mâ bâya'te filânen fe aleyye" lafzında ihtilâf olunup ba'zı ulemâ bu da "küllemâ" gibi olduğuna kāil olmuşdur; ekseriyyet bundadır. Diğer ba'zı ulemâ buna muhâlefet etmişlerdir.

(2) [**Ve kezâ mekfûlün-leh ne vakit**] mekfûlün-bihi [**mutâlebe eder ise**] kendisine [**şu kadar gün mühlet verilmek üzre**] mala veya nefse veya teslîme [**kefil olsa**] yâni mühlet-i mezkûreyi akd-i kefâlette şart etse [**mekfûlün-lehin**] mekfûlün-bihi [**mutâlebe ettiği vakitten i'tibâren**] kefile [**ol kadar gün mühlet verilip, eyyâm-ı mezkûrenin mürûrundan sonra mekfûlün-leh her ne vakit**] mekfûlün-bihi [**ister ise mutâlebe eder; ve**] kefîlin dahi teslim etmesi lâzım gelir. [**Kefîlin**] mutâlebe-i sâniyeden sonra [**tekrâr o kadar gün**] mühlet [**istid'âsına salâhiyyeti olmaz.**]

Meselâ bir kimse, mekfûlün-leh ne vakit taleb eder ise kendisine bir ay mühlet verilmek üzre diğer bir kimesnedeki bin kuruş matlûbuna kefîl olduğunda, mekfûlün-leh birinci defa mutâlebe ettiği vakitten i'tibâren o kimseye bir ay mühlet verilir. Bir ay mürûrundan sonra mekfûlün-leh ne vakit ister ise, meblağ-ı mezkûrü o kimseden mutâlebe eder. Bu ikinci mutâlebeden sonra, kefîlin bir ay daha mühlet istemeğe hakkı yoktur.

Fakat bu gibi söz "*keffeltühü bi-kezâ alâ ennehü küllemâ talebtehü minnî fe-liye ecelü şehrin*" yâni, "Filanı her ne vakit benden ister isen bir ay mühletim olmak üzre, o filan zimmetindeki alacağına kefilim." demek gibi mutâlebe hakkının ve mühletin tekrârını îcâb eder sûrette söylediğinde, nazar olunur: Kefâlet eğer mâliyye ise, kefîl, mehl-i mezkûr mürûrundan sonra, mâl-ı mekfûlün-bihi mekfûlün-lehine teslîme mecbûr ve bu teslîm ile 659. maddeye mebnî berî olur. Artık bir daha mutâlebe olunamaz. Zîra hakk-ı vâhid iki defa istîfâ edilemez. (1651. maddeye bakınız.) İkinci defa taleb için bir şey kalmaz. Kefâlet eğer nefsiyye ise, kefîl yine mehl-i mezkûr mürûrundan sonra, mekfûlün-bihi teslîme mecbûr olur. Lâkin bu teslim ile kefâletten berî olmaz. Zîra "Küllemâ" yâni "her ne vakit" sözü tekrârı îcâb edeceği ve teslîm-i mezkûrden sonra evvelki talebi, teslîm-i mezkûr ile hükümsüz kalacağı cihetle, teslîm-i mezkûrden sonra tekrar taleb vukû' bulmadıkça teslim lâzım gelmez ise de, tekrâr mutâlebe vukū' bulduğunda, mutâlebe-i mezkûreden i'tibâren, kefîlin yine o kadar gün mühlet istid'âsına salâhiyyeti vardır. Bu mühlet mürûrundan sonra, mekfûlün-leh her ne vakit ister ise tekrar mutâlebe eder. Bu mutâlebât ve lüzûm-ı teslîmler ve mühletler, ber-vech-i meşrûh tekerrür edebilir. Meğer ki kefîl, bir kerre mekfûlün-bihi teslim ettiğinde "Âtîde tekrâr teslîmden berîyim." demiş olsun. O halde, teslîm-i evvel ile kefîl berî olacağından, mutâlebe-i sâniye ile tekrâr teslîme mecbûr olmaz. *(Bezzâziyye)*. 640. maddenin "fakat ...İlâ âhirihi" fıkrasına bakınız.

"Mühlet-i mezkûre akd-i kefâlette şart edilse" denildi. Zîra hâlen kefîl oldukdan sonra mekfûlün-leh kefile mülâkī olduğunda "ne vakit taleb eder isem senin için bir ay mühlet vardır" dese bu kelâm bâtıl olur. Mekfûlün-leh, dilediği vakit mutâlebe eder. *(Bezzâziyye fî nev'-in izâ kâne'l-mekfûlü leh gāiben).*

(4) [**Kezâlik**] bir kimse diğer kimesneye [**filanda sâbit olacak alacağına veya filana ikrâz edeceğin meblağa, yahut falanın senden gasbedeceği şeye, yahud filana satacağın**

malın semenine kefilim dedikde], kefâlet, muzâfeten sahîh ve [**kefîl ancak bu ahvâlin tahakkukunda, yâni borcun**] asîlin ikrârı veya beyyine ile [**sübûtu ve akçenin ikrâzı ve gasbın tahakkuku ve malın bey' ve teslimi vukūunda**] mekfûlün-bih ile [**mutâleb olur.**]

Bu mes'ele hakkında mâdde-i âtiye âhirinde bâzı îzâhât vardır.

Bu vechile meselâ mübâya'aya kefîl oldukdan sonra tâlibin ona sattığı malın cemî' semeni ile mutâleb olur. Ne cins malı, ne cins ve ne mikdar semenle satar ise satsın. Ve kefîl ve asîlin bey' ve teslîmi inkârı halinde, tâlib, bey' ve teslîmi dilerse kefîl ve dilerse asîl müvâcehesinde isbât edebilir. Ve herhangisi müvâcehesinde isbât eylese semen, ikisi üzerine dahi lâzım gelir. *(Abdülhalîm).* Nitekim, bu mes'ele 1830. madde şerhinde îzâh olunur.

Mecelle'de, "filana satacağın malın semenine... İlâ âhirihi" denildi. zîra zamân-ı husrân bâtıldır. Meselâ bir kimse diğer kimesneye, filan şahıs ile mübâya'a ve ahz u i'tâ et, sana isâbet eden husrâna -zarar ve ziyâ'na- zâminim dese sahîh olmaz. *(Redd-i muhtâr)* Çünkü bu husrân asîl üzerine mazmûn değildir.

(3) Kezâ bir kimse, diğer kimesneye, "Filana satacağın atın semenine kefilim." dedikten sonra o kimesne, ona buğday satsa, kefîl üzerine bir şey lâzım gelmez.

(3) Nitekim, bir kimse diğer bir kimesneye, "Filan şahsa vereceğin ödünç benim üzerime olsun." dese de o kimesne o şahsa bir mal satsa, semeniyle kefîl mutâleb olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî, fi'l-fasli'l-hâmis).*

(3) [**ve kezâ filan gün ihzâr etmek üzre falanın nefsine kefilim, dedikde**] kefâlet "muzâfeten" sahîh olur da [**Kefîl, ol günden mukaddem mekfûlün-bihin ihzâriyle mutâleb olmaz.**] *(Mecma'u'l-enhur).*

Şerh-i mâdde esnâsında şart, müteâref ve kefâlete mülâyim kaydiyle takayyüd olundu. Zîra, müteâref ve kefâlete mülâyim olmayan şarta kefâletin ta'lîkı sahîh değildir. Kefâlet, gerek nefsiyye, gerek mâliyye, gerek tesellümiyye olsun. Ta'bîr-i diğerle, ta'lîk-ı mezkûr hükümsüzdür. Şart vâki' olsa dahi meselâ mâl-ı mekfûlün-bih kefilden lâzım gelmez.

Bunun sebebi şudur: Kefâlet, ibtidâen nezre ve intihâen dahi bey'a teşbîh olunur. Nezre müşâbeheti, her nev' şarta ta'lîkın cevâzını îcâb ettiği halde, bey'a müşâbeheti dahi, asla şarta ta'lîkın câiz olmamasını muktezî olmakla, fukahâ bu mes'elede iki müşâbehet ile dahi amel ederek, bey'a müşâbeheti cihetiyle şart-ı gayr-ı mülâyime ta'lîkı câiz olmadığına ve nezre müşâbeheti sebebiyle şart-ı mülâyime ta'lîkın sıhhatine kāil oldular.

Meselâ "Rüzgâr eser veya yağmur yağar, yahud filan ecnebî diyâr-ı âhardan gelir ise, falanda olan alacağına kefilim." dese sahîh olmayıp meselâ rüzgâr esse bile kefîl tarafına malca bir şey terettüb etmez. Bu sûretlerde kefâlet bâtıl olur. Vâkı'â, birçok kütüb-i fıkhiyyede suver-i mezkûrede ta'lîk bâtıl ve kefâlet sahîh olacağı cihetle, kefîl üzerine şartın vücûdu-

na intizâra hâcet olmaksızın fi'l-hâl zamân lazım geleceği muharrer bulunmuşdur. ***Fakat, Tebyîn, Bahr, Nehir*** ve ***Mültekā*** sâhibleri, sûret-i mezkûrede olan kefâletin butlânına kāil olmuşlardır. ***Mebsût*** ve ***Haniyye***'de dahi ber-vech-i muharrer mastûr bulunmuşdur. Bu cihetle ***Mecelle***'nin şu maddesi ***Haniyye***'nin beyânı vechile şerh edilmiştir.

Bu madde vechile mübâya'aya kefîl olan kimseden mekfûlün-leh ba'de'l-kefâle "O adama, şöyle bir malı şu kadar kuruşa sattığım cihetle meblağ-ı mezkûrü ver." diye taleb ve asîl dahi bunu tasdîk ettiği halde kefîl inkâr ettiğinde nazar olunur: Satıldığı iddia olunan mal, müşteri veya bâyi' yedinde eğer mevcud ise kefîl semen-i mebî' ile mutâleb olur. İnkârına iltifât olunmaz. Zîra inşâsına muktedir oldukları şeyi ihbâr ediyorlar. Kim ki, fi'l-hâl inşâsına muktedir olduğu şeyi ihbâr ederse sözü kabûl edilmek lâzım gelir. O mal, müşteri veya bâyi' yedinde mevcûd değil ise, kefîl, semen ile mutâleb olmaz. Meğer ki tâlib sattığına ikāme-i beyyine etsin. ***(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis).***

Bu sûrette tâlib, "Bin kuruşa sattım." diye iddia ve asîl dahi onu tasdîk ettiği halde, kefîl, "Beş yüz kuruşa sattın." dese kabûl olunmaz. Kefîl yine bin kuruşla mutâleb olur. ***(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbûr).***

LÂHİKA BA'ZI MESÂİL-İ KEFÂLETE

Ba'zı mesâil-i kefâlete dâirdir:

1. Mes'ele, Bir kimse diğer kimesneye "Semeni zâmin olmaklığım üzre şu esterini bu adama bin kuruşa sat." dedikden sonra ona iki bin kuruşa satsa, kefîl yalnız bin kuruşla mutâleb olur. Zîra mütecezzî olan şeyin bâzısını zikr, küllîsini zikr değildir. Ve mezkûr esterin tekmîlini veya nısfını, ona beş yüze satsa, yalnız beş yüz ile mutâleb olur. ***(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî, fi'l-fasli'l-hâmis)***.

Nitekim bir kimse diğer kimesneden "Şöyle bir esterimi gasbettin." diye dâvâ ve müddeâ-aleyhin nefsine bir şahsı kefîl ahz ile o kimse, şahs-ı mezbûra "Eğer esterimi yarın bana redd etmez isen dört yüz kuruş üzerine olsun." dediği halde o şahıs "Yok iki yüz kuruş üzerime olsun." dese de mekfûlün-leh sükût etse kefîl, yâni şahs-ı merkūm yevm-i mezkûrde esteri redd edemez ise o şahıs üzerine iki yüz kuruş lâzım gelir. ***(Hindiyye)***. (67. maddeye bak.)

2. Mes'ele: Mekfûlün-leh kefilden "asîl gāib iken" kefâletin şöyle bir şarta ta'lîkını ve şart-ı mezkûrün vücûdunu iddia etse, dâvâsı sahîh olur. Amma yalnız kefâletin şarta ta'lîkını iddia ile şartın vücûdunu iddia etmese, asîlin gıyâbında bu dâvâ istimâ' olunmaz. ***(Nükūl-i Behce)***.

637. MADDE

[**Şartın tahakkukunda, vasıf ve kaydının tahakkuku dahi**] in'ıkād-ı kefâlette [**lâzımdır.**] Yâni, kefâlet kendisine ta'lîk edilen şart, bir vasıf ile mevsûf veya kayd ile mukayyed ise şartın tahakkuku ve sübûtu, mezkûr vasıf veya kaydın tahakkukuyla tamam olur; yoksa mezkûr vasıf ve kayıtsız, mücerred şartın tahakkuku, in'ıkād-ı kefâlette kâfî değildir. Bu madde, mâdde-i ânifenin bir kısm-ı mahsûsudur.

[**Meselâ**] bir adam diğer şahsa, "Senin için [**filan kimsenin üzerine ne hükmolunur ise edâsına kefilim." dediği sûretde**] mu'allakun-aleyh olan şart, hüküm olunmuş olmak kayıd ve vasfiyle mukayyed ve mevsûf olmakla [**ol kimse**] -mekfûlün-anh- şahs-ı merkūm için [**şu kadar kuruş borç ikrâr etse**] mücerred bu ikrâr ile vasıf tahakkuk etmemekle, o kimsenin meblağ-ı mezkûrü o şahsa i'tâ etmesine [**hükm-i**] ve ilzâm-ı [**hâkim lâhık olmadıkça, kefîlin onu edâ etmesi lâzım gelmez.**] Hatta bu takdirde, asîl gāib olduğu halde dâin, onda şu kadar alacağı bulunduğunu ve kefîl dahi ber-vech-i mezkûr kefîl olduğunu, kefîl müvâcehesinde iddia ve ikāme-i beyyine edecek olsa kabûl olunmaz. Zîra mekfûlün-bih olan borç, asîl üzerine hükmolunmuş olması vasfiyle mevsûf olduğundan, ve asîl üzerine henüz hükmolunmadığından bu dâvâ ve isbât, vasf-ı mezkûrsüz borcun kefîl üzerine hükmünü îcâb eder. Kefîlin ise böyle bir borca kefâleti yoktur. Bu sûretde kefâlet-i gayr-i lâzimeyi dâvâ etmiş olur. *(Hindiyye).*

Amma asîl, gāib olduğu halde dâin "Ba'de'l-kefâle asîl-i merkūmdan şu kadar kuruş alacağımı filan hâkim huzûrunda iddia ve isbât ederek taht-ı hükme aldırmış idim." diye kefilden dâvâ ve isbât edecek olsa, kabûl olunarak kefîl, meblağ-ı mezkûr ile mahkûm edilir. Kefâlet, gerek asîl-i gāibin emriyle, gerek emri olmaksızın olsun... Zîra bu sûretde deyn "Sâbıkâ asîl üzerine hükmolunmuş." vasfiyle mevsûf olduğundan, vasıf tahakkuk eylemiş olur. *(Hindiyye, kubeyle'l-bâbi'r-râbi' mine'l-kefâlet).*

Lâkin, kefâlet böyle vasıf ve kayd ile mukayyed olmadığı sûretde, asîl gāib olduğu halde, kefîl muvâcehesinde dâyinin beyyinesi istimâ' olunur. Meselâ dâyin; gāib-i filanda şu kadar kuruş matlûbu ve şu hâzırun bi'l-meclis dahi, ona kefîl olduğunu iddia ettiğinde, dâvâ ve beyyinesi istimâ' olunur. Hatta dâyin, kefîl-i hâzırın kefâleti, gāibin emriyle olduğunu iddia ve kefâlet bi'l-emri isbât ettiği sûretde, hâkim, hem kefîl-i hâzır, hem de asîl-i gāib aleyhine hüküm eder; dâyin eğer ikisinden dahi iddia eylemiş ise... Ve gāib hâzır olduğunda, bilâ iâdeti'l-beyyine, kefîl ona rücû' eder. *(Hindiyye, fi'l-mahalli'l-mezbûr.)* Zîra beyyine, hüccet-i müteaddiyedir.

Bu mesele 1830. madde şerhinde daha ziyâde îzâh olunacaktır.

"Ne hüküm olunur ise" tâbiri, müstakbel sîğası olduğundan, bu kefâletden mukaddem, dâyinin o kimse üzerine hüküm edilmiş alacağı olsa, kefâlet-i mezkûrenin bu alacağına şümûl ve ta'alluku olmaz.

Fakat, "ne hüküm olunur ise" demeyip de, bir kimse filan kimesnenin üzerine ne sâbit veya ne lâzım veya ne vâcib olur ise edâsına kefilim dedikden sonra, o kimesne bin kuruş borç ikrâr etse, hükm-i hâkim lâhık olmasa bile, kefîl mutâleb olur. *(Hindiyye, fi'l-bâbi's-sânî, fi'l-fasli'l-hâmis).*

Bu takdirde mekfûlün-leh, "Ondaki matlûbum iki bin kuruştur." dese bile, kefîl asîlin ikrârından ziyâdesiyle, mutâleb olmayacağı gibi, kefîl o kimesnenin tâlibe asla borcu olmadığını iddia etse bile yine o kimsenin ikrârı mûcebince, kefîl-i mukarrun-bih ile mutâleb olur. *(Hindiyye, fi'l-bâbi's-sânî, fi'l-fasli'l-hâmis).*[4]

Hulâsa, mekfûlün-bihin kefîl hakkında sübûtu, sûret-i kefâletin ihtilâfiyle muhtelif olur:

Evvelen: "Filanda sâbit olacak alacağına veya filan üzerine ne sâbit veya ne vâcib veya ne lâzım olursa kefilim." denildiğinde, tâlibin alacağı, gerek medyûnun ikrârı, gerek beyyine veya nükūl ani'l-yemîn ile sâbit olsun; kefili mutâleb olur.

Sâniyen: "Filanın ikrâr edeceği mala kefilim." denildiğinde, medyûn, ne mikdar mal ikrâr ederse, kefîl onunla muâheze olunup, "Ben kabûl etmem." diyemez. Amma ikrâr etmeyip de yeminden nükûl eylese kefile bir şey lâzım gelmez.

Sâlisen: "Filandan dâvâ edecek mala kefilim." denildiğinde, tâlib, bir meblağ-ı mu'ayyen dâvâ etse, mücerred bununla kefile bir şey lâzım gelmez. (636. madde şerhine bak.)

Râbian: "Filandan olan alacağına veya filanın üzerinde olan malına kefilim." denildiğinde, dâyin, bi'l-beyyine isbât ederse, kefile zamân lâzım gelir; yoksa asîlin mücerred ikrârı ile bir şey lâzım gelmez. (637. madde şerhine bak.)

Bu maddeye ikinci misâl: "Filan kimse üzerine falan hakem ne hükmeder ise edâsına kefilim." dedikten sonra başka bir hakem hükmetse kefîl üzerine bir şey lâzım gelmez.

Üçüncü misâl: "Hâkim-i Hanefî ne hükmeder ise edâsına kefilim." dedikten sonra, hâkim-i Şâfi'î hükmeylese, kefile bir şey lâzım gelmez. Amma "Filan belde hâkimi, falan, filan için falan kimse üzerine ne hükmeder ise edâsına kefilim." dediği halde, başka belde hâkimi hükmetse kefîl üzerine zamân lâzım gelir. *(Hindiyye, fi'l-bâbi's-sânî, fi'l-fasli'l-hâmis).* Bu iki mes'ele beyninde fark zâhirdir. Zîra Hanefî ile Şâfi'î mezheblerinde mesâilin hükmü ihtilâf edebilir. Amma bir mezhebe mensûb bulunan iki hâkimin hükmü arasında fark yoktur.

---

4 و سيأتى فى باب الكفالة بدين قائم فى الحال كقوله كفلت بما لك عليه فلايلزم ما اقر به الاصيل وفرق بين هذا وبين الكفالة بدين يجب كقوله ما ثبت لك عليه او ذاب فيلزم الكفيل ما اقر به كما فى فتح القدير. بحر رائق فى النفقة

638. MADDE

[**Kefâlet bi'd-derekde**] bir kimse [**mebî'a müstahık çıktıkda**] mebî'-i mezkûrü müşteriden dâvâ ve isbât ve 1746. madde mûcibince yemin ederek, mebî'-i mezkûr o kimsenin mülkü olduğuna hükmolunduğunda, bu hükümden sonra müşteri, vermiş olduğu semen-i mebî'i, mebî' yedinden bi'l-istihkāk zabt olunduğu beyâniyle, bâyi'den iddia ile onunla [**bi'l-muhâkeme bâyi'in**] mezkûr [**semeni**] müşteriye [**reddetmesine hükm olunmadıkça kefîl**] mekfûlün-bih ile [**muâheze olunmaz.**] Zîra, mücerred istihkāk ile bey' müntekız ve binâenaleyh, bâyi' üzerine iade-i semen lâzım olmaz. *(Hidâye).* Çünkü ba'de'l-hüküm, bi'l-istihkāk ve kable'l-fesh, müstehık bey'i mücîz olsa, câiz olur. Gerek kable kabzı'l-mebî', gerek ba'de kabzı'l-mebî' mücîz olsun... Bey'-i mezkûrün kābil-i icâzet olduğu 378. maddeden münfehim olur.

Bu bâbda kā'ide şudur: Kefâlet bi'd-derekde bey' fesh ve ibtâl olunduğu anda asîl, -bâyi'- mekfûlün-bih olan semen-i mebî' ile muâheze edildiği gibi, kefîl dahi muâheze olunur. Amma bey' henüz fesh ve ibtâl olunmadan kefîl muâheze olunamaz.

İşte bu kā'ide ma'lûm oldukdan sonra, ber-vech-i âtî, tafsîlâta mübâderet olunur. Burada iki dâvâ ve iki hüküm vardır:

Birinci dâvâ ve hüküm: İstihkāk dâvâsı ve istihkāk ile hükmolup *Mecelle*'de buna "mebî'a müstehık çıkdıkda" kavliyle işâret olunmuşdur.

Meselâ bir kimsenin, "Mülkümdür." diye diğer kimesneye bey' ve teslîm eylediği malı, bir şahıs "Benim mülkümdür." diye diğer kimesneden iddia ve ale'l-usûl isbât ve 1746. madde vechile yemin ettiğinde, hâkim, mâl-ı mezkûr o şahsın mülkü olduğuna hükmeyler. Buna "hüküm bi'l-istihkāk" denilir.

İmdi yalnız bu hükümden dolayı ve hatta hükm-i mezkûrden sonra müstahık, mücerred mebî'i müşteriden kabz eylemesinden nâşî, o kimse ile o kimesne beynindeki akd-i bey' münfesih olmaz. Şahs-ı müstahıkkın icâzetine mevkūfen kalır. (368. maddeye bak.) Bundan sonra bile müstahık bey'a icâzet verdiğinde nâfiz olur. Binâenaleyh bu hüküm ile semen-i mebî'i müşteriye redd etmek bâyi' üzerine lâzım olmayacağı gibi, kefîl üzerine dahi lâzım olmaz. *(Mecma'u'l-enhur)*

İkinci dâvâ ve hüküm: Mârru'z-zikr hükm-i evvelden sonra, semen-i mebî' ile bâyi' üzerine rücû' dâvâsı ve rücû'-ı mezkûr ile hüküm olup *Mecelle*'de buna "bi'l-muhâkeme bâyi'in semeni reddetmesine hüküm olunmadıkça" kavliyle işâret olunmuşdur.

Meselâ müşteri, mekfûlün-anh olan bâyi'den "yedinde bulunan mâl-ı müşterâ, bi'l-istihkāk ve'l-hüküm zabt olunduğundan dolayı vermiş olduğu semenin kendisine reddini" iddia ederek bâyi'in semen-i mezkûrü müşteriye redd etmesine hükmü istihsâl eyler. İşte

bu hükümden sonra, müşteri ile bâyi' beynindeki akd-i bey' münfesih ve 51. maddeye mebnî artık müstahıkkın icâzetine gayr-i kābil olmakla, bâyi' semen-i mebî'i müşteriye redd ile mutâleb olduğu gibi, bu hüküm kefile dahi bi's-sirâye, semen-i mezkûr ile kefîl dahi mutâleb olur. Bu takdirde 644. maddedeki salâhıyyetine mebnî, müşteri, semen-i mezkûrü dilerse bâyi'den, dilerse kefilden ahz eder.

Ânifen zikr ve beyân olunan kâideden dahi müstefâd olacağı vechile, birinci dâvâ ikāme ve mûcibince hükmolunduğundan sonra müstahık, akd-i bey'i sarâhaten fesh eylese 378. maddeye mebnî bey' münfesih olur. İkinci dâvâ ve hükme hâcet kalmaksızın semen-i mebî'i müşteriye redd ve iâde eylemesi bâyi' üzerine lâzım olacağı cihetle, ikinci dâvâ ve hükme lüzum olmadan, kefîl dahi semen-i mezkûr ile muâheze olunur. Bundan anlaşılıyor ki *Mecelle*'deki "bi'l-muhâkeme" kaydı ihtirâzî değildir. *(Redd-i muhtâr, fî bâbi'l-istihkāk ve'l-kefâlet).*

Bu maddedeki istihkākdan maksûd, kısm-ı sânî, yâni mülkiyeti nâkil bulunan istihkākdır. Amma mülkiyeti mübtıl olan istihkākda, ikinci muhâkemeye hâcet kalmayarak, kefîl semen-i mebî' ile mutâleb olur. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet)* Bu iki istihkāk 616. madde şerhinde zikr ve îzâh olunmuşdur.

Meselâ bir kimse, "Mülkümdür." diye diğer kimesneye bey' ve teslim eylediği arsa için bir şahıs çıkıp da, "Benim mütevellîsi olduğum filan vakfın müstağillâtındandır." diye, o kimesneden dâvâ ve isbât ederek, hüküm istihsâl eylediğinde, hemen kefîl, semen-i mebî' ile muâheze olunur. Çünkü bey'-i mezkûr kābil-i icâzet değildir.

Binâenaleyh bu madde, ber-vech-i âtî yazılsa idi, bâlâda şerhan beyân olunan sûretlerin cümlesine âmm ve şâmil olurdu. "Kefâlet bi'd-derekde, mebî'a müstahık çıkdığında bey' münfesih olmadıkça kefîl muâheze olunmaz." Zîra infisah bâzan redd-i semene ve bâzan meselâ vakfiyyete hüküm ile ve bâzan dahi mücerred birinci dâvâ ve hükümden sonra müstahıkkın bey'i fesh etmesi ile olur.

Fakat bey', hıyâr-ı ru'yet, hıyâr-ı ayb ile fesh olunduğu takdirde, kefîl bi'd-derek mekfûlün-bih ile mutâleb olmaz. *Mecelle*'de "müstehık çıkdıkda" denilmesi bunlardan ihtirâz için oluyor. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet).* Zîra semene kefîlin kefâleti mebî'in bi'l-istihkāk zabt olunmasiyle mukayyed ve meşrûttur.

Mâlûm olmalıdır ki, kefîl bi'd-derek, yalnız mekfûlün-bihi zâmin olur. Yoksa mekfûlün-bih ile berâber 658. maddede beyân olunan zararı zâmin olmaz. *(Redd-i muhtâr)* Zîra, kefîlin buna kefâleti yokdur.

İstıtrâd: Dereke kefâletin dâvâ-yı temellük ve şuf'a ve icâreye mâni' olması hakkındadır.

Dereke kefîl olan kimse, mebî', bâyi'in mülkü olduğunu tasdîk etmiş olur.[5] Binâenaleyh, artık ondan sonra o kimse mezkûr mebî'i, müşteriden, "Benimdir." diye dâvâ edemez. (1648. maddeye bak.)

Kezâlik, kefîl-i merkūm şefî' olsa, artık mebî'-i mezkûr de şüf'ayı yahud icâreyi dahi taleb ve iddia edemez. Şüf'ayı taleb edemez; zîra müşterinin iştirâsına şefî' râzı olmuş oldu. *(Redd-i muhtâr).*

639. MADDE

[**Kefâlet-i muvakkatede kefîl ancak müddet-i kefâlet zarfında**] mekfûlün-bih ile [**mutâleb olur**]. Amma müddet-i kefâletin mürûriyle kefîl, kefâletden berî olacağından, müddet-i mezkûre zarfında kefilden para alınmadığı halde, ondan sonra kefîl mutâleb olmaz.

[**Meselâ**] bir kimse filan kimesnenin borcuna veya nefsine [**bu günden bir aya kadar kefilim dedikde, kefîl ancak bu bir ay zarfında**] kefâletle [**mutâleb olup, ol ayın mürûrunda kefâletden berî olur.**] bu bir ay zarfında kefilden mutâlebe olunarak alınması mümkün olmayıp, bir ay mürûr etse, kefîl artık mutâlebe olunmaz. Hatta bu takdirde mekfûlün-leh bir ay zarfında kefili mutâlebe etmiş iken, kefîl "Birkaç gün te'hîr eyle!" diye mekfûlün-lehi bi'l-iğfâl, bir ay mürûr etmekle, kefîl kefâletden halâs olsa, mekfûlün-leh mücerred "Beni iğfâl ettin!" diye meblağ-ı mezkûrü kefilden mutâlebe edemez. *(Ali Efendi).*

Bu bâbda ba'zı tafsîlât 624. madde şerhinde mürûr etmekle oraya mürâca'at ediniz.

Ancak kefîl, bu bir ay zarfında mutâlebe olunup, huzûr-ı hâkimde bi'd-da'vâ, meblağ-ı mekfûlün-bih taht-ı hükme alındıkdan sonra, hükm-i i'lâm icrâ olunmadan bir ay mürûr etse, kefîl mutâlebeden halâs olur mu? Yoksa, hükm-i hâkim ile, borç zimmetinde takarrur etmekle, artık vermesi mi lâzım gelir? Zâhir olan, vermesi iktizâ eyler. Fakat bu mes'ele için nakil bulundukdan sonra hükmedilmelidir.

Şu halde kefîl "Ba'dehü berî olmak üzre bir aya kadar mü'eccelen kefîl olmuşdum; bir ay geçmekle mutâlebeden berîyim." diye dâvâ ve mekfûlün-leh, "Bir aya kadar mü'eccelen kefîl olup, ondan sonra berî olmaklığın meşrût değil idi." diye iddia ettiklerinde, söz mekfûlün-lehindir. Kefîlin kavli kabûl edilmez. *(Hindiyye, fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)* [6] Amma her iki taraf da ikāme-i beyyine eyleseler, kefîlin beyyinesi tercîh olunur. *(Ali Efendi, fî tercîhi'l-beyyinât).*

---

5 لانها ان كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبول الكفيل فكانه هو الموجب له وان لم تكون مشروطة فالمراد بها احكام المبيع وترغيب المشترى فينزل منزلة الاقرار بالملك فكانه قال اشترها فانها ملك البايع فان استحقت فانا ضامن من ثمنها. رد محتار

6 لانه شرط ان لا يطالبه بعد شهر

640. MADDE

[**Kefâletin**] 621. madde vechile [**in'ıkād**] ve nefâz [**ından sonra kefîl**] bi'l-mâl veya kefîl bi'n-nefis veya kefîl bi't-teslîm muhayyer olmadıkça [**kendisini**] kendi kendine [**kefâletden ihrâc edemez.**] Velev ki mekfûlün-leh ve mekfûlün-anhın huzurunda olsun. Şu halde kefîl, ba'de'l-ihrâc dahi ke'l-evvel kefîl olarak kalır. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)* Çünkü kefâlet, kefîl tarafından lâzım olan ukūddandır. Binâenaleyh kefîl, bunu kendi kendine fesh edemez. (114. madde şerhine bakınız.)

Mecelle'de "kendisini" denildi. Zîra mekfûlün-leh kefili kefâletten ihrâc edebileceği gibi, mekfûlün-lehin vefâtı takdîrinde, vârisi dahi onu kefâletten ihrâc edebilir. *(Nükūlü Ali Efendi ani'l-İmâdiye fi's-sâbi').* (660. maddeye bak.)

Şerhan "muhayyer olmadıkça" kaydı ilâve edildi. Zîra kefîl, muhayyer olursa, kendisini kefâletten ihrâc edebilir.

Bu muhayyerlik de iki nev'îdir:

Nev'-i evvel : Hıyâr-ı şarttır. Meselâ bir kimse şu kadar gün muhayyer olmak üzre mala veya nefse veya teslime kefîl olsa, sahîh ve kefîl, müddet-i hıyârında, kendini kefâletden ihrâca kādir olur. Nitekim 300. maddenin kabîlinde şerhan zikrolunmuş idi. Şu halde bir kimse, "Filan kimesnenin falan şahıstaki alacağına şu kadar gün muhayyer olmak üzre kefîl olmuştum." diye ikrâr ettiğinde, mekfûlün-leh muhayyerliği tasdîk eder ise hıyâr sâbit olur, ve illâ, kefîl muhayyerlik dâvâsında beyyinesiz tasdîk olunamaz. *(Hindiyye, kubeyle'l-bâbi's-sâlis mine'l-kefâlet).* Zîra kefîlin kefâlet hakkındaki sözü ikrâr olup, kişi ikrâriyle muâheze olunur. Amma muhayyerlik hakkındaki sözü dâvâ olup, mücerred dâvâ ile nesne sâbit olmaz.

Nev'-i sânî: Hıyâr-ı rehindir. Mekfûlün-anh kefile rehin vermek şartıyla kefâlet olunduğunda, şart-ı mezkûr mekfûlün-leh üzerine kılındığı takdirde sahîh ve kefile ber-vech-i meşrûh rehin verilir ise kefâleti lâzım olur. Amma rehin verilmediğinde kefîl muhayyerdir. Kefâleti, dilerse fesh eyler, dilerse mücîz olur. Şart-ı mezkûr eğer mekfûlün-anh üzerine kılınır ise, mekfûlün-leh hakkında bu şartın hükmü olmaz. Kefîl, "Bana rehin verilmedi." diye kefâleti fesh edemez. Meselâ bir kimse diğer kimesneye, "Senin falan şahısda olan alacağına, o şahıs bana şu malı rehin vermek üzre kefilim." dediğinde sahîh olur. Şahs-ı merkūm, mezkûr malı o kimesneye rehin vermese kefîl muhayyerdir: İster ise kefâleti fesh, ister ise ibkā eyler.

Kezâ bir kimse diğer kimesneye, "Senin filan şahısta olan alacağına, o şahıs bana şu malı rehin vermek ve rehin vermez ise kefâletten berî olmak üzre kefilim." dediğinde, sahîh ve o şahıs, mezkûr malı rehin vermez ise, kefîl, kefâletten berî olur.

Amma bir kimse diğer kimesneye, "Senin filan şahsa olan bin kuruş borcuna sen bu malı bana rehin vermek üzre kefilim." dediğinde, o kimesne ona rehin vermese bile, o kimsenin kefâleti bâkī olup, fesih de muhayyer değildir. *(Hindiyye, fi'l-bâbi'l-hâmis mine'l-kefâlet.)*

[**Fakat, kefâlet-i mu'allaka ve muzâfede, deynin zimmet-i medyûna terettübünden mukaddem kefîl kendisini kefâletden ihrâc edebilir.**] Amma zimmet-i medyûna terettübünden sonra artık ihrâc edemez.

1- [**Meselâ, bir kimse bir adamın nefsine, ya**] filan şahsa olan [**deynine müneccezen kefîl oldukdan sonra kendisini kefâletden ihrâc edemediği gibi**] 2- [**filanda ne kadar alacağın sâbit olur ise zâminim dedikde dahi**] deyn-i mezkûrün sübûtundan mukaddem kendisi [**kefâletden dönemez. Zîra**] falanda ne kadar alacağın sâbit olur ise zâminim dediği takdirde [**deynin sübûtu her ne kadar akd-i kefâletden muahhar ise de zimmet-i medyûna terettübü, akd-ı kefâletten mukaddemdir.**] Sâbit olan deyn, zimmet-i medyûna kable'l-kefâle müterettib bulunan deyn olmalıdır. Bu iki mes'ele, şu maddenin fıkra-i ûlâsına misâldir.

[**Amma**] bir kimse diğer kimesneye kefâlet-i mu'allaka olarak [**filan adama ne satar isen yahud**] kefâlet-i muzâfe olarak filan adama [**satacağın malın semenine kefilim dediği sûretde, mekfûlün-lehin ol adama satacağı malın semenine**] sattıkdan sonra [**zâmin olur.**]

Bu fıkra 636. maddede beyân olunduğu cihetle burada maksûd, bizzat olmayıp belki fıkra-i âtiyeye tavtı'e için ityân olunmuşdur.

[**Fakat,**] Mekfûlün-leh o adama bir malı [**kable'l-bey'**] kefîl semeniyle mutâleb olmayacağından [**kendisini**] mekfûlün-lehin izni olmaksızın [**kefâletden ihrâc edebilir.**] Zîra lüzûm-ı kefâlet, ancak mübâya'a ve kefîl üzerine teveccüh, mutâlebeden sonradır. Ondan evvel kefîl, bir şeyle mutâleb ve zimmetinde bir şeyi mültezim olmaz.

Ba'de'l-mübâya'a kefîl üzerine deyni îcâb ettiğimizin sebebi dahi şudur ki, dâyin ve tâlib "Ben sattığım malın semenini kefilden alacağıma emîn olduğum cihetle asîle mal satmış idim." diyebileceğinden ba'de'l-bey' rücû'da dâyini tağrîr bulunduğu halde, satıştan evvel rücû' ile mübâya'adan nehy ettiği sûretde, ber-vech-i muharrer tağrîr mefkūd olmakla, kable'l-mübâya'a rücû' sahîh ve mu'teberdir. *(Redd-i muhtâr).* Lâkin, tâlib onun bu kefâletine mağrûr olmamak için, kefîl kendisini kefâletten ihrâc ettiğini tâlibe bildirmelidir. Bildirmek de, ber-vech-i âtî olur: [**Şöyle ki,**] kefîl, mekfûlün-lehe [**ben kefâletden vazgeçtim**] yahut [**sen, ol adama mal satma dedikten sonra, mekfûlün-leh ol adama bir şey satar ise, kefîl anın bedelini zâmin olmaz.**][7] Nitekim, bir kimse *Mecelle*'nin 494. maddesi vechile bir malı istîcâr edip de bedel-i icâreye bir kimesne kefîl olsa, o kimesne, ay başında

---

7 والفرق ان الاولى «اى ما بايعت فلانا فعلى» مبنية على الامر وهذا الامر غير لازم وفى الثانية «و هى التى اشرنا اليها بهذه الارقام 1 و2» مبنية على ما هو لازم. رد محتار

kefâletten rücû' edebilir. Zîra bu gibi icârede her ayda akid teceddüd edeceğinden, sebeb-i ücret dahi teceddüd edeceği cihetle, kefâlet-i müstakbeleden kefîlin hakk-ı rücû'ı vardır. *(Hindiyye)*.

Mecelle'de "Sen ol adama mal satma!" kelâmı, "Ben kefâletten vazgeçtim." sözüyle birlikte söylenmesi, kefâletden ihrâcda lâzım olduğunu iş'âr için değildir.

Binâenaleyh yalnız "Ben kefâletden vazgeçtim." sözüyle nefsini kefâletden ihrâc hâsıl olacağı gibi "Sen o malı o adama satma!" diye nehyiyle dahi kefâletden ihrâc hâsıl olur. *(Hindiyye fi'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî)* Bu cihetle esnâ-yı şerhde ona işâret olundu. Fakat bu gibi kefâletden rücû'da kefîl, kefâletden rücû' ettiğini mekfûlün-lehe bildirmek lâzımdır.[8]

641. MADDE

Mâl-ı [**mağsûb**]un, mağsûbun-minhe [**veya müste'âr olan malın**] mu'îre [**redd ve teslîmine**] kefâlet bi't-teslîm olarak [**kefil olan kimse, malı**] sâhibine teslime mecbûr olur. Asîl, ücret-i nakliyeyi kendi tarafından tesviye ederek bunları redd ve iâdeye mecbur olduğu gibi 890 ve 830. maddelere bak. 631. maddede dahi kefîlin bu vechile redde mecbûr bulunduğu mürûr etti.

Kefîl onları [**sâhibine teslim etdikde, ücret-i nakliyyesiyle**] -amelinin ecr-i misliyle- [**gāsıb ve müste'îre rücû' eder. Yâni ücret-i nakliyyesini anlardan alır.**] *(Hindiyye, fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis)* şerhan işâret olunduğu üzre ücret-i nakliyyeden maksad, amelinin ecr-i mislidir. Yoksa kendisinin masrafı değildir. Ecr-i misil, masrafına muâdil olacağı gibi, ziyâde veya noksan dahi olabilir.

Bu maddede, kefîlin ücret-i nakliyye ile gāsıb ve müstaîre mürâca'atı sûret-i mutlakada mezkûr ise de hakk-ı mürâca'at, gāsıb veya müstaîrin emriyle kefîl olduğu sûrettedir. Nitekim 631. madde şerhinde muharrer *Bahr* muhaşşîsi *İbni Âbidin*'in ibâresi [9] ve mâdde-i mezkûre lâhikasında, hayvân-ı me'cûr gayr-i mu'ayyen olup da, onun hamline olan kefâletdeki rücû' mes'elesinin emriyle meşrût olması ve 657. madde şerhinde zikrolunduğu üzre kefâlet bi'l-mâlda rücû', ancak kefâlet emriyle olması sûretine inhisârı, buna delâlet eder. Bu maddenin hükmü, istihsânîdir.

---

8 ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان فى رأس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر فى الاجارة فله ان يرجع فى رأس الشهر والفرق ان السبب فى النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر بل يجب فى الشهور كلها بسبب واحد وسبب الاجر فى الاجارة يتجدد فى كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع فى الكفالة المستقبلة. هنديه في مسائل شتى من الكفالة

9 ولو رد رجع عليه باجر مثل عمله اذ الكفيل بامر يرجع ضمن

Bu maddede "kefîl olan kimse" tâbiri, vekîlden ihtirâz içindir. Zîra müsta'îr veya gâsıb, mu'âr veya mağsûbu, muîrin veya mağsûbun-minhin hânesine veya mekân-ı âriyete veya mekân-ı gasba redde bir kimseyi tevkîl eylese sahîh olur. Fakat vekil nakle icbâr edilemez. *(Hindiyye)*. Zîra vekâlet ukūd-ı lâzimeden olmamakla vekîl, levâzım-ı vekâleti îfâdan imtinâ' ederek vekâletten çıkabilir.

Kefâlet bi't-teslîm, mağsûb ve müste'ârda câiz olduğu gibi 631. madde ile şerhinde zikrolunduğu üzre, kable'l-kabz mebî', merhûn, me'cûr, emânât-ı sâirenin dahi teslimine kefâlet câizdir. Fakat bunlardan me'cûr ve vedî'a gibi bâzı emânâtın masârif-i nakliyyesi, vâzı'u'l-yed bulunan müste'cir ve müstevdi'a âid olmayıp, mûcir ve mûdia râci' olmakla, meselâ müste'cirin emriyle teslim-i me'cûra bir kimse kefîl olduğunda, kefîlin sûret-i teslîmi asîl gibi tahliyeden ibâret bulunduğundan, masârif-i nakliyyeye hâcet yoktur.

Amma masârif-i nakliyyesi, vâzı'u'l-yede âid ve mağsûb ve müste'ârdan başka olan a'yânın teslimine, bi'l-emr, kefîl olan kimse a'yân-ı mezkûreyi mekfûlün-lehe teslim ettiğinde, yine amelinin ecr-i misliyle asîle rücû' edebilir. Kefâlet, asîlin emriyle ise...

FASL-I SÂNÎ

[*Kefâlet bi'n-nefsin hükmü beyânındadır.*]

642. MADDE

[**Kefâlet bi'n-nefsin hükmü, mekfûlün-bihi**] ber-vech-i âtî [**ihzardan ibârettir. Şöyle ki**] kefîl veya mekfûlün-leh [**kangi vakit mekfûlün-bihin teslimini şart etmiş ise ol vakit**] veya daha sonra [**mekfûlün-leh taleb ettiği gibi**] yâni derhal ve mühlet talebine hakkı olmayarak mekfûlün-bihin bulunduğu mahal belli ise [**kefîlin onu ihzâr**] ve 663. maddede beyân olunan mekânda teslim [**etmesi lâzım gelir.**] Bu lüzûm, kefîlin hasbe'l-kefâle iltizâm ettiği şeyi îfâ etmek maksadına müsteniddir. Fakat kefîl o vakitten evvel dahi teslim edebileceği 665. maddede beyân olunmuştur. Keza teslim için vakit ta'yin olunmamış ise, mekfûlün-leh taleb ettiği gibi kefîlin onu ihzâr ile mekfûlün-lehe teslim etmesi lâzım gelir.

[**İhzar eder ise febihâ**[10]] yâni maksûd hâsıl oldu. [**Ve eğer ihzâr etmez ise, anı ihzâr etmek üzre**] kefîl [**cebr**] ve habs [**olunur.**] Zîra kendi üzerine lâzım olan hakkın îfâsından imtinâ' etti. Ve mekfûlün-anh mekânı belli bir tarafa gitmiş ise -gerek uzak, gerek yakın olsun- kefîl oraya azîmetle getirmeyi kasdettiği takdirde, gidip gelinceye kadar hâkim ona mühlet verir. Bu sûretde kefîl-i merkūmun gāib olmaması için onun nefsine dahi mekfûlün-leh kefîl alabilir. Ve kefîl mekfûlün-anhı mühlet-i mezkûre tamamında ihzâr eyler ise febihâ; ve illa, kefîl ihzâra cebr ve habsolunur.

Nitekim, mekfûlün-anhın bulunduğu mahalle gitmekden, kefîl imtinâ' etse, bilâ imhâl habs ve mekfûlün-anhı ihzâra cebrolunur. Velev ki bulunduğu mahal ba'îd veya memâlik-i ecnebiyye olsun. Meselâ mekfûlün-anh firâren memâlik-i ecnebiyyeye iltihâk ettiği sûretde, kefîlin yine onu ihzârı ile mutâleb olması, bu gibi firârîlerin iâdesine Devlet-i Aliyye ile memâlik-i ecnebiyye beyninde mukāvele ve muvâde'a bulunduğu sûretdedir.

Şu kadar var ki mekfûlün-anhın bulunduğu mahalle gidecek yolda özür bulunur ise, kefîl oraya gitmeğe icbâr olunamaz.

Amma mekfûlün-anhın bulunduğu mahal belli olmadığına kefîl ile mekfûlün-leh tesâduk ederler ise, mahall-i mezkûr belli oluncaya kadar, kefilden mutâlebe teahhur eder. Ve eğer tarafeyn, mahall-i mezkûrün ma'lûmiyyetinde ihtilâf ve meselâ kefîl, "Mekfûlün-anhın bulunduğu mahalli bilmiyorum.", ve mekfûlün-leh "Biliyorsun." diye iddia etseler, hangisi ikāme-i beyyine eder ise kabûl olunur. İkisi de beyyine ikāme eder ise, mekfûlün-lehin

10 "F" cevâbiyye ve "b" harf-i cerdir. "Ha" dahi zamîr-i muttasıl ve sükûn üzerine mebnîdir. Müteallakı mahzuftur. Yektefî biha demektir.

beyyinesi tercih olunur. Hiçbirisi ikāme-i beyyine edemez ise, mekfûlün-anhın her vakit ticâret gibi bir maslahat için gider belli bir yeri bulunur ise, söz mekfûlün-lehindir. Kefîlin, mahall-i mezkûre varıp araması lâzım gelir. Ve eğer böyle bir yeri bulunmasa, mekfûlün-anhın bulunduğu mahalli bilmediğine yeminiyle söz kefîlindir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli's-sânî mine'l-kefâlet ve Tenvîr ve Redd-i muhtâr).*

Kefîl, mekfûlün-anhı mekfûlün-lehe teslim ve ihzara icbâr eyler. Yani kefîlin teslim hususundaki teklife, mekfûlün-anhın mutâva'at etmesi lâzım gelir. Mutâva'at etmez ve binâenaleyh, kefîl teslim etmeğe kudret-yâb olmaz ise, hâkime mürâca'atla, hâkimin a'vânından istiâne eder; yâni kefâleti eğer mekfûlün-anhın emriyle ise... Ve yahut mekfûlün-anhın bulunduğu mahalli tâlibe bildirerek, mekfûlün-leh ile mekfûlün-anhın beynini tahliye eyler. *(Feth ve Hindiyye).*

Bu maddenin hükmü mutlak olarak zikrinden anlaşılır ki, bir kimse mekfûlün-lehin kendinden asla bir şey dava etmediği bir adamın nefsine kefîl olsa sahîh olur. Ondan sonra kefîl, "mekfûlün-lehin onda hiçbir alacağı olmadığını" beyân ile o adamı teslimden imtinâ' edemez. Vâkıa, mekfûlün-lehin mekfûlün-anhden hiçbir matlûbu ve bir gûnâ hakkı bulunmadığı takdirde mekfûlün-anhın teslim edilmesiyle kefile cebrolunması zâhirde fâidesiz addolunur. Lakin kefâlet-i vâkıa kefîl ile tâlibin zu'munca asîl üzerine lâzımü'l-îfâ bir hak için kefâlet olur. Nitekim kefâlet-i mâliyede dahi hüküm, böyledir. Şöyle ki, bir kimse, "Zeyd'in filan kimesne zimmetindeki alacağına kefilim." dediği halde, o kimesne borcunu inkâr etse de, onun borcu isbât edilemese ve borcu olmadığına yemin dahi etse, kefîlin zu'munca borç mevcut bulunduğundan, kefîl deyn ile mutâleb olur. Zîra, asıl sâbit olmadığı halde, Fer'in sâbit olduğu vardır. *(Hindiyye bi-îzâh)*

Kefîlin mekfûlün-anhı teslime mecbûriyyeti bu maddede zikrolunduğu üzre, tâlibin taleb etmesi üzerinedir. Bilâ-taleb dahi kefîlin teslime hakkı vardır. Bu iki teslim beynindeki fark 664. maddede beyân olunuyor.

FASL-I SÂLİS

Kefâlet-bi'l-mâlın ahkâmı beyânındadır.

Bu fasılda münderic mevâdd, işbu tercümenin delâleti vechile kefâlet-bi'l-mâla mahsusdur. Yalnız âti'z-zikr 633. maddenin hükmü, kefâletin envâ-ı erbaʻasına ta'mîm olunabilir.

Mecelle, kefâlet bi'n-nefsin ve kefâlet bi'l-mâlın ahkâmından bahseylemiş ise de, kefâlet bi't-teslimin ahkâmı için fasl-ı mahsûs zikretmemiştir. Bu kefâletin bazı ahkamı 641. maddeden, diğer bazı ahkamı dahi madde-i atiyeden müstefâd olur.

643. MADDE

[**Kefîl**] mekfûlün bihi [**zâmindir**] sadr-ı kitabda beyân olunduğu üzre bu madde "*Ez-zaîmü gārimün*" hadis-i şerîfinin tercümesidir.

Yani lede'l-mutâlebe mekfûlün-bihi îfâ eylemesi kefîl üzerine lâzım gelir. Mekfûlün-bih gerek deyn, -semen-i mebîʻ gibi- gerek ayn-ı mazmûnün bi-nefsihâ mağsub ve fâsiden mebîʻ ve tesmiye-i semen olunarak sevm-i şirâ tarikıyla makbuz-ı mal gibi- gerek fiʻil olsun, müsteʻâr ve sair emanatın teslimi gibi *(Redd-i muhtâr)*, ve gerek nefis olsun kefâlet bi'n-nefsde olduğu gibi.

Kefâlet-bi'n-nefsde garm-ı zamân yoktur diye vaki olan suâle 613. madde şerhinde cevâb verilmiş idi.

Şu îzâhâtdan anlaşıldı ki bu maddenin hükmü kefâletin envâʻ-ı erbaʻasına âmm ve şamildir.

Kefilin sûret-i zamânı, madde-i atiye ile 645. maddede tafsil olunuyor.

Şu halde, bir kimse birinin borcuna kefîl oldukdan sonra kefîl, mekfûlün-bih rüşvet veya kumar parası olmakla 631. maddeye mebnî kefâlet sahih değildir diye iddia ettiğinde, mekfûlün-leh bunu ikrar eder ise kefîl üzerine bir şey lâzım gelmez. Ve inkâr eder ise kefîl, meblağ-ı mekfûlün-bih rüşvet veya kumar parası olduğuna veya mekfûlün-lehin meclis-i hâkimin haricinde mezkûr para, rüşvet veya kumar parası olduğunu ikrar eylediğine, mekfûlün-leh üzerine şahid ikāme etse kabûl olunmayacağı gibi, mekfûlün-lehin tahlîfini dahi taleb edemez. *(Hindiyye, fi'l-bâbi's-sâlis mine'l-kefâle ve Ankaravî fi'l-fasli's-sâbi*ʻ*)*. Zira kefilin bir deyne kefâlet eylemesi, o deynin yâni mekfûlün-bihin deyn-i sahih olduğunu ikrardır. Ondan sonra bu gibi iddialarda bulunması tenâkuz olacağından mesmûʻ olmaz.

Nitekim bir kimse, semen-i mebîʻa kefîl oldukdan sonra, beyʻ-i mezkûrün fasiden vukūʻ bulduğunu ve binaenaleyh semen-i mebîʻ müşteri üzerine lâzım gelmeyeceğini iddia etse,

mesmû‘ olmaz *(Ali Efendi fi'd-dâvâ fi'l-kefâlet vema yünâsibühü).* (100. maddeye bak.) *Mecelle*'nin "Kefîl zâmindir." ibâresi kefile şamil olduğu gibi kefilü'l-kefile ve kefilü kefili'l-kefile dahi âmm ve şâmil olur. Binaenaleyh kefilü'l-kefîl için müstakıllen bir madde yazılmamıştır.

Bu maddede mekfûlün-bihin mahall-i zamânı beyân olunmamış olmakla, ol bâbda îzâhât-ı âtiye i‘tâ olunur. Haml ve me'ûnete muhtâc olan mekfûlün-bihin her nerede teslimi şart kılınır ise orada îfâsı lâzım gelir. (83. maddeye bak.) Amma haml ve me'ûneti olmayan şeylerde tâlib onu dilediği yerde alır.

Meselâ nısfını İstanbul'da ve nısfını İzmir'de vermek üzre bir kimse bin kuruş borca kefîl olsa, tâlib tekmilini ister ise İstanbul'da, diler ise İzmir'de veya başka yerde alır. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî).*

Haml ve me'ûneti olan şey için mekân-ı teslim beyân olunmamış ise nerede teslim olunur? Bunun iki nazîri *Mecelle*'de geçmiştir. Şöyle ki akd-i mutlak ile, bey‘de mebî‘in, bulunduğu mekânda teslim edileceği 285. maddede ve me'cur eğer akār ise, o akārın olduğu mahalde, ve eğer amel ise ecîrin ameli îfâ ettiği yerde, ve eğer hamûle ise ücretin lâzım olduğu mekânda bedel-i icârenin îfâsı lâzım geleceği 465. maddede beyân olunmuştur. Bu iki mes'eleye kıyas edilerek şöyle denilebilir mi? Kefil, bunları kefâlet ediği mahalde teslim eder, yahut bunların bi-hasebi'l-akd teslimi lâzım gelen yerde teslim eyler.

644. MADDE

[**Talib,**] -mekfûlün-leh- matlubunu [**mutâlebede muhayyerdir.**] Şöyle ki [**alacağını**] -mal-ı mekfûlün-bihi- [**dilerse kefilden**] ve kefilü'l-kefili var ise, dilerse kefilü'l-kefilden[11] [**dilerse asîlden mutâlebe eder.**] Zira kefâletin mefhumu -ki zimmeti zimmete zammdan ibârettir. Bu ise zimmet-i ûlânın kıyamını icab eder; yoksa berâetini değil. *(Dürer)* Talibin ber-vech-i muharrer, muhayyerliğinden iki mes'ele müstesnâdır ki bunlarda yalnız kefîl mutâleb olup, asîl mutâleb olmaz.

Mes'ele-i ûlâ: Kefâlet, asîlin berâeti şartıyla olmakdır. (648. maddeye bak.)

Mes'ele-i sâniye: Bir kimse, "Zeyd'in Amr'a olan on altın borcuna kefilim." deyip de, Zeyd borcunu inkâr edip isbat olunamadığı gibi yemin dahi etmekdir. Bu mes'elede tâlib, yalnız kefilden taleb eder. Asilden nesne alamaz. (81. maddeye bak.)

Bu maddenin hükmü, yani talibin mutâlebede muhayyer olması, kefâletin envâ‘-ı erba‘asında cârî ise de, *Mecelle*'de "alacağı" denilmesi bu fasıl, kefâleti bi'l-mâla mahsus olduğuna mebnîdir.

11 Talibin kefilden hakk-ı mutâlebesi olduğu madde-i ânifede dahi musarrah olmakla bu mes'elenin burada zikri, maksûdun-bizzat olmayıp mesâil-i âtiyeye tavtı'e içindir.

[**Ve**] mücerred yâni matlûbunu hakîkaten istîfâ etmeyerek [**birinden**] alacağını [**mutâlebesi, diğerinden mutâlebe hakkını**] ve hatta birinden bi'l-mutâlebe alacağının bir mikdarını alması, mütebâkī alacağını diğerinden istemek salahıyyetini [**ıskāt etmeyip, birinden mutâlebe**] ve hatta bazı deyni istîfâ [**ettikden sonra**] küllîsini kable'l-istîfâ [**diğerinden yahut ma'an ikisinden dahi**] bâkiyi [**mutâlebe edebilir.**] Tabir-i aharla tâlib, mekfûlün-bihi asîl ve kefîl ve kefilü'l-kefilden yâni bunların cümlesinden mutâlebe ve cümlesini tazyîk edebilir. Zira kefâlet, zamm olup yoksa temlik değildir. Fakat tâlib matlûbunu asîlden istîfâ ettiğinde, artık kefilden taleb edemeyeceği gibi, kefilden veya kefilü'l-kefilden istîfâ ettiğinde asîlden veya diğer kefilden taleb edemez.

Keza mekfûlün-bih, bin kuruş olup da, dört yüzü asîlden istîfâ ettiğinde artık altı yüzden ziyadesini kefilden taleb edemeyeceği gibi, mezkûr dört yüzü kefilden veya kefilü'l-kefilden istîfâ ettiğinde, artık altı yüzden ziyadesini asîlden taleb edemez. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim 659. maddede beyân olunmuştur. (1651. maddeye bak.)

Binaenaleyh meselâ mekfûlün-leh, deyni kefilden taleb ettiğinde kefîl "Ben kefîl oldukdan sonra meblağ-ı mezkûrü sen asîlden tamamen istîfâ ettin; hatta aldığını ikrar dahi etmişdin." diye dava ve ikrar-ı meşruha ikāme-i beyyine etse, mekfûlün-lehi def' etmiş, yâni davasından kurtulmuş olur.

Keza dayin, medyûnundan şu kadar kuruş alacak dava ettiğinde, medyûn "Meblağ-ı mezkûre filan şahıs kefilim olup, bi-hükmi'l-kefâle sen o şahısdan ahz etmişdin." diye def' ve bu def'ini isbât edince, dayinin dava-yı mezkûresi mündefi' olur. *(Mecmûa-i cedîde)* (1632. maddeye bak.)

Tâlib, mekfûlün-bihi kefilden mutâlebe ettiğinde, kefîl dahi emriyle kefîl olmuş ise asîlden mutâlebe, yâni, borcunu tâlibe te'diye ile, kendisinin tâlibden kurtulmasını taleb eyler. Şu kadar var ki, asîlin kefîl zimmetinde mekfûlün-bih cinsinden alacağı var ise, kefîl asîlden mutalebe edemez. *(Redd-i muhtâr).* Belki takas vâki' olur.

Lâhika - İki mebhasi havîdir.

Mebhas-i evvel: Asil gāib iken kefilden mekfûlün-bihi iddiaya dairdir.

1- Tâlib, "gāib filan kimesnedeki şu kadar kuruş alacağına, o kimesnenin emriyle bu şahıs kefîl" olduğu beyâniyle meblağ-ı mekfûlün-bihi iddia ve bu alacağı ve kefâlet bi'l-emri isbat ettiğinde hâkim, meblağ-ı müddeâ-bih ile hem asîl-i gāib hem de kefîl-i hâzır üzerine hükmeyler. Kefil bunun üzerine te'diye-i deyn ettikden sonra 657. maddedeki salâhıyyetine mebnî, bilâ iade-i beyyine asîle rücû' eder. Zira asîl-i gāib, zımnen mahkûmun aleyh oldu. Amma o kimesnenin emri olmaksızın kefâleti iddia ve deyn ile kefâleti isbat ettiğinde, yalnız kefîl üzerine hükmolunur. Gāib üzerine hükmolunamaz. *(Tenvîr ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr).*

Mebhas-ı sânî: Mekfûlün-leh ve kefîl ve mekfûlün-anhın, mâl-ı mekfûlün-bihde ihtilaflarına dairdir.

2- Bir kimse birinin borcuna kefîl oldukdan sonra, mekfûlün-leh, yirmi altın olduğunu iddia ve mekfûlün-anh, yüz mecidiye ve kefîl, elli kile buğday olduğunu ikrar ettiğinde, kefîl ve mekfûlün-anhın ikisi de bi't-taleb tahlîf olunur. Yemin ederler ise mekfûlün-lehin davasından berî olur ve bunlardan biri yemin ettiği halde, diğeri nükûl ettiğinde, nükûl eden üzerine deyn lâzım ve yemin eden deynden berî olur. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet.)*

645. MADDE

[**Kefîl bi'l-mâl olan kimsenin, kefâleti hasebiyle zimmetine lâzım gelen**] mutâlebe-i [**meblağa**][12] [**diğer biri kefîl olsa,**] 626. maddede geçtiği üzre kefâlet sahih olup [**dâyin alacağını**] 644. madde vechile asîlden mutâlebe edebileceği gibi [**kefîllerin**] -kefîl ile kefîlü'l-kefîlin- [**hangisinden ister ise mutâlebe eder.**] Nitekim ikisinden dahi ma'an mutâlebe edebilir. Demek ki, dâyin muhayyerdir; dilerse asîlden, ister ise birinci kefîlden, arzu eder ise kefîlü'l-kefîlden ve dilerse üçünden dahi mutâlebe eder. Birinden mutâlebe etmekle, diğerlerinden hakk-ı mutâlebesi sakıt olmaz.

Fakat birisi te'diye ettiğinde, diğerleri berâet eder. Meselâ, kefîl borcunu kâmilen te'diye etse, kefîlü'l-kefîl berâet edeceği gibi, kefîlü'l-kefîl te'diye etse, kefîl berâet eder. (1651. maddeye bak.)

Kefîlü'l-kefîl, mâl-ı mekfûlün-bihi dayine îfâ ettiğinde, kefâleti, kefîl-i evvelin emriyle olunca ona rücû' eder. Yoksa doğrudan doğruya asîle rücû' edemez. Ve bu takdirde kefîl-i evvel kefîl-i sâniye deyni te'diye ettiğinde, kefîl-i evvel dahi asîle rücû' eder; kefâleti emriyle olmuş ise. Amma bilâ emir ise, hiçbirisi rücû' edemeyeceği gibi meselâ, kefîlü'l-kefîlin kefâleti, kefîl-i evvelin emriyle olup da, birinci kefîlin kefâleti asîlin emri olmaksızın vâki' olunca, ba'de'l-edâ kefîl-i sânî, kefîl-i evvele mürâca'at eder ise de, kefîl-i evvel asîle mürâca'at edemez. (675. maddeye metnen ve şerhan bak.) *(Redd-i muhtâr fî ta'rîfi'l-kefâlet)*

646. MADDE

[**Bir cihetten dolayı müştereken medyun olan**] iki veya ziyâde [**kimseler yekdiğere**] -her biri diğerin zimmetine lâzım gelen mutâlebe-i deyne- [**kefîl olsalar**] câiz ve [**her biri dey-**

12 Suâl– 612. madde şerhinde zikrolunduğu üzre *Mecelle*'de kefîl zimmetine deyn lâzım gelmeyip, yalnız mutâlebe lâzım geleceği kavli ihtiyâr olunduğundan, buradaki bu ta'bîr, *Mecelle*'nin 612. maddesine muvafık değildir. Bu suâlin def'i için hazf-i muzâf itibar olunarak "lâzım gelen mutâlebe-i meblağa" demekdir denilmelidir. Nitekim şerhan böyle denildi.

nin mecmû'iyle] asaleten ve kefâleten [**mutâleb olur.**] Meselâ iki kimse, diğer kimesneye müştereken medyûn olup da, o iki kimseden her biri diğerin zimmetine lâzım gelen mutâlebe-i deyne dahi kefîl olsa, her biri mecmû'-ı deyn ile mutâleb olup, nısfı asaleten ve nısf-ı diğeri kefâleten borcu olmuş olur.

Amma şerîklerin yalnız bazısı diğerine kefîl olur ise, kefîl olan şerîk mecmû'-ı deyn ile mutâleb olur. Kefîl olmayan şerîk deynden hissesinden ziyâdesi ile mutâleb olmaz. Nitekim müştereken medyûn olanlar yek-diğere kefîl olmasalar, her biri deynden yalnız kendi hissesiyle mutâleb olur; ziyâdesiyle değil. *(Behce)*

Meselâ iki kimse bir adamdan bin kuruş istikraz etseler, her biri beşer yüz kuruşla mutâleb olur.

Keza 1113. maddede zikrolunduğu üzre, bir kimse iki kişiye bir mal satsa, her birinden hissesini başka başka mutâlebe eder. Müşteriler yek-diğere kefîl olmadıkça, birinin borcu diğerinden mutâlebe olunamaz.

Bu maddedeki "iştirâk-i deyn" *Mecelle*'nin 1091. maddesiyle mevâdd-ı tâliyesinde beyân olunan ma'nâda olmadığı âtîdeki şerhden bedâheten anlaşılacağına binaen *Mecelle*'de "bir cihetten dolayı" tâbiri "sebeb-i vahidden dolayı" demek değildir.

Keza bir kimse 432. madde vechile iki yüz kuruş bedel ile, bir malı iki kişiye bir akd ile îcâr ettiğinde, müste'cirlerden her biri yalnız yüz kuruşla mutâleb olur ise de, müste'cirler yek-diğere lâzım gelen ücrete kefîl olsalar, nısfı asâleten ve diğer nısfı kefâleten olarak her biri iki yüz kuruşla mutâleb olur. Amma yalnız bir müste'cir diğerine kefîl olsa, kefîl olan asâleten ve kefâleten iki yüz kuruşla ve kefîl olmayan asâleten yalnız hissesi bulunan yüz kuruşla mutâleb olur.

Kezâ iki kimse, sülüsü birinin ve sülüsânı diğerinin olmak üzre bir şahısdan üç yüz kuruşa bir ester satın almalarıyla, o şahsa müştereken medyûn olup da yek-diğere kefîl olsalar, her biri üç yüz kuruşla mutâleb olur. Ve sülüs sâhibi, sülüs-i deyn -yüz kuruş- ile asâleten, ve sülüsân -iki yüz kuruş- ile kefâleten ve sülüsân sâhibi, deynin sülüsâniyle asâleten ve sülüsüyle kefâleten mutâleb olur. Amma, yalnız sülüs sâhibi sülüsân sâhibine kefîl olunca, sülüs sâhibi mecmû'-ı deyn, ve sülüsân sâhibi yalnız deynden hissesi bulunan iki yüz kuruş ile mutâleb olur.

Bu madde vechile müştereken medyûn olanlar, yek-diğere kefîl oldukdan sonra birisi bir mikdarını te'diye etse, asâleten, yoksa kefâleten olan borcuna mı mahsûb edilmesi iktiza edeceği ber-vech-i âtî tafsil olunur: Sıfaten ve sebeben müsâvi olan deynlerin te'diyesinde cihet-i asâlet cihet-i kefâlete müraccahtır. Yani müştereken medyûn olan kimseler bu madde vechile yek-diğere kefîl olup da içlerinden biri, kendi borcu mikdarı veya daha az te'diye ettiğinde asâleti cihetiyle, bilhassa kendi deynine mahsûb edilir. "Diğerinin his-

sesi için vermiştim." diye tayin ve iddia eylemesi sahih olmayacağından, diğerine rücû' edemez.[13] Amma kendi borcundan ziyâde te'diye ettiğinde kefâleti eğer emir ile ise, yalnız ziyâdesiyle diğerine rücû' eder.

Meselâ müştereken ve seviyyen üç yüz kuruşla medyûn olan üç kimse, yek-diğere kefîl oldukdan sonra, içlerinden biri doksan veya yüz kuruş te'diye etse, kendi borcuna mahsûb edileceğinden, doksan veya yüz kuruşun sülüsâniyle diğer iki şerîkine rücû' edemiyeceği gibi, mezkûr doksan veya yüz kuruşu diğer iki şerîkinden dolayı te'diye ettiğini beyân ile küllisiyle anların ikisine veya birisine rücû' edemez.

Amma yüz elli kuruş te'diye ettiğinde, yüzü kendi borcuna mahsûb edilerek, mütebâkī elli kuruşla diğer iki şerîkine kefâleti eğer onların emirleriyle ise rücû' eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' mine'l-kefâlet)* (657. maddeye metnen ve şerhan bak.)

Nitekim iki kimseden her biri bir deynin birer nısfına, tâbir-i diğerle birisi bir deynin bir nısfına ve diğeri mezkûr deynin nısf-ı aharına kefîl oldukdan sonra, her biri âti'z-zikr 647. maddenin fıkra-i sâlisesi vechile yek-diğere kefîl olsalar, bundaki hüküm dahi, ber-vech-i meşrûhdur. Te'diye eden, borcundan ziyâdesini tediye etmedikçe diğerine rücû' edemez. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâleti'r-racüleyn)*

Ve keza iki kimse bir deynin mecmû'una ma'an kefîl oldukdan sonra, yek-diğere dahi kefîl olsalar, hüküm yine minvâl-ı muharrer üzredir.[14]

Kezalik şirket-i müfâveza ile şerîkler iftirâk ettiklerinde dâyin 1356. madde hükmünce alacağını kâmilen dilediği şerîkden istîfâ edebilir. Bir şerîk, deynin nısfını veya daha azını te'diye ettiğinde, hissesiyle diğer şerîke mürâca'at edemez. Amma nısfından ziyâdesini te'diye ettiğinde ona mürâca'at eder.[15]

Bu mes'elede "sıfaten müsâvî... İlâ âhirihi" denildi. Zira deynlerin sıfatları muhtelif, yâni birinin deyni mü'eccel, diğerinin mu'accel olsa, "Te'diye edilen deyn, şerîkinden dolayı verildi." diye tâyin sahih olur.

Meselâ birinin hissesi mu'accel ve diğerinin hissesi bir ay mü'eccel olarak iki yüz kuruş ile medyûn olan kimseler, yek-diğere kefîl oldukları takdirde, mü'eccelen medyûn olun

---

13 لانه لو رجع بنصفه لادى الى الدور لانه لو جعل شيئا من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائى فان جعلت شيئا من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فلى ان اجعل المؤدى عنك كما لو اديت بنفسى فيفضى الى الدور ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه بل اللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه. (رد محتار, فى كفالة الرجلين)

14 لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع كما فى البحرمن المحل المزبور.

15 لانه اصيل فى النصف وكفيل فى الاخر فما ادى يصرف الى ما عليه بحق الاصالة فان زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع, رد محتار فى كفالة الرجلين

kimse, dâyine mu'accelen yüz kuruş verdiğinde meblağ-ı mezkûrü "Sana olan kefâletimden dolayı verdim." diye, mu'accelen medyûn olan kimseye rücû' eder; kefâleti eğer emir ile ise...

Fakat, mu'accelen medyûn olan kimse dâyinine yüz kuruş verdiğinde, "Meblağ-ı mezkûrü sana olan kefâletimden dolayı verdim." diye, mü'eccelen medyûn olan için tâyin ederek mürâca'at etmek istediğinde, kable hulûli'l-ecel, mü'eccelen medyûn olana mürâca'at edemez.[16] (657. madde şerhine bak.)

Kezalik müştereken medyûn olan iki kimse yek-diğere kefîl oldukdan sonra, dâyin yalnız birindeki alacağını te'cil edip de deyni te'cil olunan kimse, kable hulûli'l-ecel, deynin bir mikdarını bi't-te'diye arkadaşından dolayı te'diye ettiğini beyân eyler ise, sözü kabûl olunur.

Bu mes'elede "Sebeben müsâvî." denildi. Zira birinin borcu karz ve diğerinin borcu semen-i mebî' olmak gibi, deynin sebebleri muhtelif olsa, "Şerîkden dolayı verildi." diye tâyin sahihdir.[17]

Meselâ, birinin borcu yüz kuruş ödünç ve diğerinin borcu iki yüz kuruş semen-i mebî' olarak medyûn olan kimseler yek-diğere kefîl olduklarında, karzan medyûn olan yüz kuruşu tâlibe verdiğinde "Sana olan kefâletimden dolayı verdim." diye, semen-i mebî' ile medyûn olana rücû' eder. Yani yüz kuruşu ondan alır; kefâleti emir ile ise.

Nitekim, müştereken medyûn olan iki kimseden biri diğerin zimmetine kefîl olup da, öbürü buna kefîl olmasa, kefîl olan kimse deynden bir mikdarını te'diye edip de onu arkadaşından dolayı verdiğini beyân eder ise kabûl olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' mine'l-kefâlet)*

İki kimse, "Herhangimizden dilerse almakda muhtar olmak üzre, bu kimesneye bin kuruş borcumuz var." diye ikrar ettiklerinde, bu ikrar, yek-diğere kefâlet bi'l-emir hükmündedir. *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi'l-hâmis mine'l-kefâlet)*

647. MADDE

[**Bir deynin**] mecmû'unun 627. madde vechile [**müte'addid kefîlleri olduğu sûretde eğer başka başka,**] yâni deynin mecmû'una [**kefîl olmuşlar ise, her biri mecmû'-ı deyn**] ve hatta tâlib, kefîllerden birini ibra ettiğinde, diğeri tekmîl alacak [**ile mutâleb olur.**] Bu sûretde dâyin, dilerse asîlden, dilerse bir kefîlden, dilerse öbür kefîlden, ister ise cümlesinden cümle alacağını ve ister ise her üçünden birer mikdar alacağını taleb eder.

---

16 لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول, رد محتار فى الكفالة

17 لان النية فى الجنسين المختلفين معتبرة وفى الجنس الواحد لغو. رد محتار.

Demek ki, böyle başka başka kefîl olan iki kişi ise, her birinden, yahut 644. maddede zikrolunduğu üzre asîlden mecmû'-ı deyn taleb olunabilir. Ve hangi kefîl az veya çok te'diye eder ise, te'diye olunan mikdardan cümlesi berî olup, te'diye eden "Siz dahi kefîl olmaklığınızla hissenizi bana veriniz." diye diğer kefîllere mürâca'at edemez. Meğer ki kefîller yek-diğere bi'l-emr ve'l-kabûl kefîl olsunlar. O halde te'diye eden muhayyerdir: Dilerse az çok her ne te'diye eyler ise hisseleriyle onlara mürâca'at edebilir.[18] Ve sonra ikisi de asîle mürâca'at eder [19] ve dilerse asîle mürâca'at eder.[20]

Kefîllerden birisi mekfûlün-leh ile sulh olsa veya mekfûlün-lehe mekfûlün-bih mukābilinde mal satsa, hüküm yine böyledir. *(Bezzâziyye fî nev-i âhar)*[21] Burada "başka başka" tâbiri, fıkra-i âtiye vechile mecmû'-ı deyne iki kefîlin ma'an kefâletinden ihtirâz içindir. Bu sûretde gerek müte'âkıben mecmû'ı deyne kefîl olsunlar, gerek ma'an her biri mecmû'ı deyne kefîl olsun hükümde fark yokdur.

[**Ve eğer**] deynin mecmû'ına [**ma'an**] ve meselâ ikisi birden [**kefîl olmuşlar ise**] mekfûlün-bih olan deyn, kefîllerin aded-i ru'ûsuna inkısâm ederek [**her biri deynden**] yâni mal-ı mekfûlün-bihden [**hissesi mikdariyle mutâleb olur**.] Şu halde böyle ma'an kefîl olanlar iki ise, her biri nısf-ı deyn ve dört ise, her biri rubu'-ı deyn ile ve hâkezâ mutâleb olur; ziyâdesiyle mutâleb olmaz. Hissesini te'diye eden kefîl berâet eder. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâleti'r-racüleyn.)* Ve kendi hissesini te'diye eden kefîl, kefâleti eğer asîlin emriyle ise ona mürâca'at edebilir. Burada "ma'an" demek, her biri deynin bir mikdarına kefîl olmuşlar demektir. Ber-vech-i meşrûh, ma'an kefâlet sûretinde mekfûlün-bih küfelânın aded-i ru'ûsuna münkasim olur. Meselâ üç kefîl, "Bu deyne kefîl olduk." deseler, deyn-i vâki' kefîllerin aded-i ru'ûsuna münkasim olarak, her birinden sülüsü deyn mutâlebe edilir.

Bâzı mesâilde bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları hükmü ictimâ' edebilir. Meselâ üç kimse bir akid ile ma'an bin beş yüz kuruşa kefîl oldukdan sonra, diğer iki kimse dahi gelip de ayrı ayrı ve müstakıllen mezkûr bin beş yüz kuruşa kefîl olsalar, sahîh olur. Bu sûretde evvelki üç kefîlin her birinden deynin sülüsü mutâlebe olunacağı gibi, sonraki iki kefîlin her birinden mecmû'-ı deyn mutâlebe olunabilir. Yoksa mekfûlün-bih, evvelen ve sânîyen kefîl olan kefîllerin aded-i ru'ûsu olan beşe inkısâm etmez.

[**Fakat**] böyle ma'an kefâlet sûretinde [**bunlar**], -ma'an kefîl olanlar- kefâletleri hasebiyle [**yekdiğerin zimmetine lâzım gelen**] mutâlebe-i [**meblağa dahi**] - (645. madde şerhine bak.) - [**kefîl olmuşlar ise**], 645. maddeye binaen sahîh ve [**o halde**] sûret-i ûlâ gibi [**her biri mecmû'-ı deyn ile mutâleb olur.**] Bu sûretde deyn, aded-i ruûs-ı küfelâya inkısâm etmez.

18 لكون الكل كفالة هنا, در مختار.

19 لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر, بنائبه بحر ورد محتار

20 لكونه كفل بالكل بامره, در مختار

21 اذا كان المكفول له غائبا.

Zira bu takdirde, meselâ kefîl iki kimse ise, her birinin nısfına, asîle olan kefâletinden ve nısf-ı âharına kefîle olan kefâletinden dolayı muâheze olunur.

Bu, "fakat bunlar... İlâ âhirihi" fıkrası, 645. maddede mastûr olan hükümden ziyâde bir şey ifâde eylemez.

[**Meselâ bir kimsenin**] diğer kimesneye olan [**bin kuruş borcuna biri**], -bir şahıs- [**kefîl oldukdan sonra, diğer biri dahi kezâlik**] mezkûr [**bin kuruşa kefîl olsa, dâyin bu meblağı**] asîlden mutâlebe edebileceği gibi, mezkûr iki [**kefîllerin herhangisinden isterse mutâlebe eder.**] Tabir-i âharla mezkûr bin kuruşu kâmilen, dilerse asîlden ve dilerse birinci kefîlden yâni o şahısdan ve ister ise ikinci kefîlden mutâlebe eder; ve dilerse üçünden dahi ma'an ister. (644. maddeye bak.)

O şahıs, hasbe'l-kefâle deynin küllîsini veya meselâ rubu'ını, tâlibe te'diye ettiğinde "Sen dahi kefîl idin, te'diye ettiğimin nısfını bana ver." diye kefîl-i sânîye mürâca'at edemez. Meğer ki bu kefîller dahi bi'l-emir ve'l-kabûl yek-diğere kefîl olsunlar. O halde o şahıs, te'diye ettiğinin nısfıyla ikinci kefîle mürâca'at edebilir. Yoksa, bu sûretde meselâ iki kefîl olup da, birisi nısfını vermekle, müstakıllen kendi borcuna mahsûb edilmez.

Kefâletleri asîlin emriyle olunca, onlar dahi asîle mürâca'at ederler. Nitekim misâl-i sabıkda, o şahıs kefîl-i sânîye mürâca'at etmeksizin, doğrudan doğruya te'diye ettiğinin küllîsiyle asîle mürâca'at edebileceği gibi...

Kezâ bir kimsenin bin kuruş borcuna bir şahıs kefîl oldukdan sonra, diğer bir kimesne ve ba'dehü diğer bir adam dahi kezâlik mezkûr bin kuruşa kefîl olsa, dâyin bu meblağı, mezkûr üç kefîlin herhangisinden isterse mutâlebe eder.

O adam, hasbe'l-kefâle deynin küllîsini veya bâzısını te'diye ettiğinde "Siz dahi kefîl olduğunuz cihetle, te'diye olunanın sülüsânını bana veriniz." diye o şahsa ve o kimesneye mürâca'at edemez; meğer ki bu üç kefîl dahi bi'l-emir ve'l-kabûl, yek-diğere 645. madde vechile kefîl olsunlar. O halde o adam te'diye olunanın sülüsâniyle o şahsa ve o kimesneye mürâca'at eder. O adam yalnız o şahsı bulup o kimesneyi bulamasa nısf-ı deynle o şahsa mürâca'at eder de, ba'dehü o adam ile o şahıs, o kimesneye sülüsü deyn, yâni her biri südüs ile mürâca'at ederler. *(Hindiyye, kubeyle'l-bâbi'l-hâmis mine'l-kefâlet ve Tenkîh).*

Ba'dehü bunlar dahi -kefâletleri asîlin emriyle olunca- mezkûr deyn ile asîle mürâca'at eylerler.

[**Amma ol iki kimse bu bin kuruşa ma'an kefîl olsalar, her biri**] yalnız [**bin kuruşun nısfıyla mutâleb olur.**] *(Redd-i muhtâr fî evâili'l-kefâlet).*

Mecelle'de, "Ol iki kimse ma'an kefîl olsalar." denildi. O iki kimse ma'an kefîl olduklarından sonra üç şahıs gelip de, bunlar dahi ayrı bir akid ile mezkûr bin kuruşa ma'an kefîl

olsalar, o iki kimsenin her biri bin kuruşun nısfıyla mutâleb olduğu gibi, mezkûr üç şahsın her biri dahi bin kuruşun sülüsüyle mutâleb olur. Yoksa şimdi ma'an kefîl olanlar beş kimse olmakla, her birinden birer humus mutâlebe edilmek lâzım gelir denilemez.

[**Meğer ki**] o iki kimse kefâletleri hasebiyle [**yek-diğerin zimmetine lâzım gelen**] mutâlebe-i [**meblağa dahi kefîl olmuşlar ise, ol halde her biri bin kuruş ile mutaleb**] ve her hangisi verir ise artık diğeri berî [**olur.**] Bir daha diğerinden mutâlebe olunmaz. Zira 1651. madde hükmünce hakk-ı vâhid ayrı ayrı iki kişiden istîfa olunamaz.

648. MADDE

[**Kefâletde asîlin**] mal-ı mekfûlün-bihden [**berî olması şart kılınır ise**] kefâlet [**havâleye münkalib olur.**] Ve asîl berî olarak tâlib yalnız kefîl -muhâlün-aleyhden- mutâlebe eder. Nitekim 690. maddede beyân olunduğu üzre, havâlede dahi hem asîl -muhîl- ve hem de kefîl -muhâlün-aleyh- den mutâlebe olunamaz. (3. maddeye bak.)

Kefâlet, yalnız kefîlin îcâbiyle mün'akid ve nâfiz olacağı 621. maddede zikrolunmuş idi. Ancak bu madde vechile olan kefâlet, havâle olmakla, tâlib ve dâyinin kabûlü şarttır. Zira 680. madde ile mevâdd-ı tâliyesinde metnen ve şerhan beyân olunacağı vechile, havâlede tâlib ve muhâlün-lehin kabûlü lâzımdır.

Bu madde havâleye ait bir mes'eledir. Binaenaleyh mahall-i lâyıkı kitâb-ı havâle ise de, madde-i âtiye ile tev'em olarak kütüb-i fıkhiyyede, ikisi bir yerde mezkûr ve mâdde-i âtiye-i mezkûre kefâlet mes'elesi olduğundan, *Mecelle*'de dahi bu mes'ele kefâletde îrâd olunmuşdur.

649. MADDE

[**Muhîlin**] mâl-ı muhâlun-bihden [**adem-i berâ'eti şartıyla havâle kefâletdir.**] Bu akid mecâzen kefâlet, ve muhâlün-aleyh kefîl olur.

Suâl: Kefâlet, deynin zimmet-i medyûnda bekāsını iş'âr ettiği halde havâle, bi'l-aks deynin zimmet-i medyûndan zevâlini inbâ ederek, ol vechile, beynlerinde münâfât bulunduğuna göre, lafz-ı kefâletin havâle ma'nâsına isti'mâl edilmesi sahîh olmamak lâzım gelir. Nitekim 191. madde şerhinde zikrolunduğu üzre bey', ikālenin zıddı olduğundan, bey' mecâzen ikāle ma'nâsında isti'mâl edilmeğe ihtimali bulunmamakla, lafz-ı bey' ile ikāle mün'akid olmadığı gibi.

Cevâb: Kefâlet ve havâle ikisi de istîsâk yâni te'mîn-i deyn ve tevsîk-ı matlûb garazına binâen meşrû' kılınmış olmakla, bunlar garaz ve maksûdca mütevâfık ve müşterekdirler.

Yâni vech-i isti'âre ikisinden dahi maksûd, tevsîk-ı deyn olmasıdır. *(Şerhu'l-Hidâye li-Mevlânâ Allahdâd el-Hindî ve mislühü fi'l-İnâye)*

[**Binâenaleyh bir kimse medyûna, "Sendeki alacağımı sen dahi zâmin olmak üzre filanın üzerine havâle et." dese, o dahi ol vechile havâle**] ve filan dahi kabûl [**etse, tâlib alacağını herhangisinden ister ise alır.**] Tâlib matlûbunu kefîl olmak hasebiyle muhalün-aleyh olan filandan alabileceği gibi asîl olmak mülâbesesiyle medyûn -muhîl- den dahi alır. (644. maddeye bak.) Yoksa bu havâlede 690. maddenin hükmü cârî yâni muhîl borcundan berî olmaz.

Bu maddedeki kefâletde îcâb ve kabûl mevcuddur. Fakat bi-dûni'l-kabûl dahi kefâlet mün'akid ve nâfiz olacağı 621. maddede mezkûr olduğuna ve bu muâmelenin dahi kefâletden ma'dûdiyyeti der-kâr olduğuna mebnî, bunda dahi yalnız îcâb-ı kefîl ile kefâlet mün'akid ve nâfiz olur. Meselâ, bir kimse "Zeyd'in, Amr zimmetinde olan on altın alacağına Amr dahi zâmin olmak üzre havâleten üzerime aldım." dese, kefâlet mün'akid ve nâfiz olur.

Bu madde vechile icrâ kılınan havâlenin kefâlet olduğu burada mezkûrdür. Fakat kefîl ve asîl kimdir? Burası beyân olunmuyor. Hidâye şerhlerinden birinde zikrolunduğu üzre bu vechile vukū' bulan havâlede kefîl, muhâlün-aleyh ve asîl, muhîl -mekfûlün-anh- olur.[22] Fetvâhâne-i âlî dahi bu vechile kabûl eylemişdir. Nitekim 3. madde şerhinde beyân olunmuş idi. Vâkı'â zâten zimmet-i muhîlde olan borç, muhâlün-aleyhe intikāl etmeden, muhîlin o deyne kefâleti, bir kimsenin kendi zimmetinde sabit olan deyne kefîl olmasını istilzâm eder ki bunun bir gûnâ ma'nâ ve fâidesi bulunamayacağı, yâni zamm-ı zimmet hâsıl olmayacağı cihetle, muhîlin kefîl ve muhâlün-aleyhin asîl i'tibârı mümkün olamaz. Bu cihetle, "Kefîl olan muhâlün-aleyhdir." denilmek zarûrîdir.

Fakat, "Kefîl olan muhîldir." denilip de bunda iki akid i'tibâr kılınsa, yâni "احلتك على فلان" yâni "Seni filanın üzerine havâle ettim." denilmekle, havâle mün'akid olarak, borç muhâlün-aleyhe intikal etmiş "على انى ضامن" yâni "Ben dahi zâmin olmam üzre" ibâresiyle dahi -muhîl kefîl olmuş olacağından, muhîlin kendi borcuna kefâlet etmesi lâzım gelmez- denilse, borcun muhâlün-aleyhe intikāli için onun kabûlü lâzım olduğu gibi, bu halde bu madde, "الاعتبار للمعانى لا للالفاظ والمبانى" kā'idesine müteferri' olmuş olmaz. Halbuki kefâlet Bahr'da bu madde kā'ide-i mezkûrenin müteferri'âtından olduğu gösterilmiştir.[23]

---

22 Aynı ibaresi şudur: كما ان الحوالة وهى نقل دين من ذمة الى ذمة بشرط ان لا يبرأ بها اى بالحوالة المحيل وهو المديون كفالة فحينئذ للطالب ان يطالب الكفيل او المحيل لانه كفالة فيتخر فى طلب ايهما شاء وهو معنى قوله ولو طالب الخ.

23 Aynı ibaresi şudur: قوله الا اذا شرط البرائة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اعتبارا للمعنى فيهما مجازا لا للفظ واذا صارت حوالة جري فيها احكامها وكذا فى عكسه تجرى احكام الكفارة» انتهى

Lakin, *Bahr*'ın Kitâb-ı Havâle'sinde "قوله برى المحيل بالقبول من الدين غير شامل لما اذا كان المحيل كفيلا" diye mezkûr olup, bu ibâre kefîlin muhîl olduğunu iş'âr ediyor. Fakat Bahr'ın mezkûr ibâresinin ma'nâsı, akd-i havâle bilâ şart icrâ olunup da, muhîl 690. madde vechile berâet etdikten sonra muhîl-i merkūm mezkûr deyne kefâlet etmesidir. Bu takdirde muhîl gerçi evvelce vukū' bulan havâleden dolayı berîü'z-zimmet olmuş ise de, muahharan kefîl olduğu cihetle, kefâletle muâheze olunur demek olur.

Bu vechile kefîlin muhîl olduğunu îmâ eden mârru'z-zikr ibârât te'vîle, yâni diğer me'ânîye hamle kābil olduğundan, evvelce zikrolunduğu vechile kefîlin muhâlün-aleyh i'tibâr edilmesi lâzım gelir ki bâlâda beyân olunduğu vechile Fetvâhâne-i âlî dahi bunu kabûl eylemişdir.

650. MADDE

Mu'ayyen bir maldan îfâ-yı deyn eylemek üzre kefâlet, dört sûretle olur.

Sûret-i ûlâ: Kefîl yedinde bulunan emânet maldan verilmek üzre kefâletdir. Yâni [**biri**] -bir kimesne- [**nezdinde**] diğer [**bir kimsenin**] vedî'a gibi [**emânet malı olduğu halde ol maldan edâ etmek üzre ol kimsenin**] bir şahsa olan [**borcuna**] o kimsenin emriyle o kimesne [**kefîl olsa,**] kefâlet istihsânen [**câiz olur ve**] mezkûr borcu [**ol maldan îfâ etmek üzre kefîl icbâr olunur.**]

Mecelle'de, o maldan deniliyor. Zîra bu sûretde bir kimse, yirmi altın borca, yedindeki on beş altın vedî'adan îfâ etmek üzre kefîl olduğunda yalnız on beş altını îfâ etmek üzre cebrolunur. Amma mütebâkī beş altına gelince, kefîlin yedinde artık vedî'a kalmadığına ve kefâlet vedî'adan verilmek üzre diye mukayyed olduğuna göre, mezkûr beş altını îfâya cebrolunamaz. Nitekim havâle-i mukayyede bi'd-deynde, mezkûr deyn, muhâlün-bihe vefa etmez ise muhâlün-leh bakıyyesini muhâlün-aleyhden taleb edemez. *(Zahîre)*

Emânetden maksûd, deyn cinsinden olan emânet mal mıdır? Yoksa, gerek deyn, gerek başka cinsden olsun e'amm mıdır? Tabir-i âharla, deyn on altın olduğu gibi, emânet dahi on altın olunca bu madde vechile kefîl olan kimse, mezkûr on altını mekfûlün-lehe vermeğe icbâr olunur. Fakat deyn on altın iken emânet bir at olup da mezkûr emânetden îfâ-yı deyne kefîl olsa, kefîl o emâneti bey' ederek bedelinden îfâ-yı deyne ve bu vechile bey' etmek külfet ve meşakkatini tahammüle icbâr edilir mi? 761. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre, bey'-i rehne vekil olan adl, râhin hazır iken, bey'a cebrolunamaz. Lâkin kefâlet-i Hindiyye'nin bâb-ı sânî fasl-ı hâmisinde zikrolunan ibâreden müstefâd olur ki, mes'ele, bu vedî'a deyn cinsinden olmak sûretiyle mukayyeddir. Amma deyn cinsinden olmayınca, hükmün nasıl olduğu tâharriye muhtâcdır. Yâni bu mes'ele muhtâc-ı haldir.

[**Ve eğer**] o [**mal**] o kimesne nezdinde [**telef olsa**] 777. maddeye mebnî [**kefîle bir şey lâzım gelmez.**] *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet)* Ve telef olduğuna dair söz kefîlindir. (1774. maddeye bak.)

Bunda telef tâbiri ihtirâzi değildir. Bu malı sâhibi veya ecnebi, vedî'den gasb ile itlâf ettiğinde, vedî' yâni kefîl kefâletden berî olur; artık ona zamân lâzım gelmez

[**Fakat**] o kimesne ber-vech-i mezkûr [**kefîl oldukdan sonra ol malı**] sahibi istirdad edemeyeceğinden kefîl onu [**sahibine reddetse**] veya o kimesnenin izniyle, sahibi o malı ondan alsa [**ol halde**] o kimesne [**kendi zâmin**] ve kefâletle muâheze [**olur.**]

Redden maksûd, kefîlin rızasıyla vermiş olmasıdır. Amma asîl onu cebren almış olsa, bundan kefîlin mes'ûl olmayacağı ânifen zikrolundu.

Şerh-ı madde esnasından bu vechile kefâletin, sahib-i vedî'anın emriyle olması kaydıyla takyîd olundu. Zira kefâlet bilâ-emir olduğu takdirde kefîl-i merkūm o vedî'adan îfâ-yı deyn edemeyeceği *Mecelle*'nin 963. maddesinin fıkra-i sâniyesinde beyân olunmuşdur. Ber-vech-i meşrûh vedî'adan verilmek üzre bilâ-emir kefâlet, zâhir olan sahîh değildir. Âti'z-zikr sûret-i sâniyeye bakınız.

Mecelle'de, "Kendi zâmin olur." deniliyor. Mekfûlün-bihi mi zâmin olması, yani, kendi malından îfâ etmesi mi lazım gelir. Yoksa o vedî'anın bedelini mi zâmin olur? *Mecelle*'nin şu ibaresinden zâhir olan o vedî'anın bedelini zâmin olur ma'nâsıdır. Nitekim bunun nazîri 754. maddede gelir. Yâni adl, kendi yedinde olan rehni bilâ-izin râhine veya mürtehine verip de, kable'l-istirdâd telef olsa, merhûnun bedelini zâmin olur; yoksa deyni değil. Bu sûretde o vedî'anın bedeli, deyne müsâvi veya ekall olur ise tam bedelini vermesi lâzım gelir. Ve bedeli ekall, olduğu sûretde, kefil bedelin ziyâdesinden muâheze edilmez. Ve bedeli, deynden ekser olur ise, deyn mikdarı zâmin olur. Fazlasına gelince onu zâten sahibine reddetmiş idi.

Sûret-i sâniye: Asîlin malından îfâ-yı deyn eylemek üzre kefâledir. Yâni, kefîl olacak kimsenin yedinde öyle vedî'a olarak bir mal bulunmayıp da belki asîlin malından te'diye etmek veya asîlin bir malını satarak îfâ-yı deyn eylemek üzre kefîl olsa sahîh olmaz. Çünkü mekfûlün-anhın malını satmağa kefîlin hak ve salahiyyeti ve binâenaleyh buna iktidarı yoktur. Bu sûretde kefâlet-i vâkıa, kefîlin muktedir olamayacağı bir sûretle akdolunduğundan bunun hükmü olamaz.

Meselâ, bir kimse mekfûlün-lehe "Men zamân kerdem ve pezîrftem ki bâğ ve yerâ furuşem ve ân mal-i betû dehem." yahud "Pezîrftem ki iyn mal ez terke-i vey be-dehem." dese, bu kefâlet câiz değildir. *(Ankaravî fi'l-fasli'l-evvel mine'l-kefâlet).*

Sûret-i sâlise: Kefîlin kefâleti kendi malına muzâf kılmasıdır. Yâni meselâ kefîl, kefâleti kendi malına muzâf kılsa, yani bir kimse, şu hânesi semeninden te'diye etmek üzre bi-

rinin borcuna kefîl olup da mezkûr hâneyi bey' etmese veya kable'l-bey' ol hâne muhterik olsa, kefîle zamân lâzım gelmez; ve bey' etmediği halde bey'a icbâr edilemez. Bi'l-farz mezkûr hânenin değeri beş yüz kuruş olmakla, beş yüze sattığı halde mekfûlün-bih bin kuruş olsa, yalnız hânenin kıymeti, yâni semen-i mebî' mikdarı mekfûlün-bihin zamânı lâzım gelir.

Nitekim kefîl kendisinin şu atının semeninden îfâ-yı deyn etmek üzre kefîl olup da o at kable'l-bey' telef olsa, kefîle bir şey lâzım gelmez.

Kefîl, mezkûr hâneyi nakid mukabilinde satmayıp da, meselâ bir ester ile trampa eylese, yine kefîle mekfûlün-bihin zamânı lâzım gelmez. Yâni mezkûr esteri nakid mukābilinde sadıkda, deyn-i mekfûlün-bihi te'diye et diye icbâr edilemez. Şu kadar var ki, kefîl, muahharan mezkûr esteri nakid mukabilinde başkasına satar ise, semeninden te'diye-i deyn ile emrolunur.

Fakat bir kimse, işâret etmeyerek kendi esteri semeninden te'diye etmek üzre kefîl olduğu halde, kendinin yâni kefîlin esteri olmasa, kefâlet sahîh ve zamân lâzım olur.

Amma bir kimse kendisinin şu malını bey' ile semeninden te'diye etmek üzre bir deyne kefîl olsa, sahîh ve mâl-ı mezkûrün bey'îyle edâ-yı deyne mecbur olur. Zîra bu mes'elede malının bey'ıni kefîl ta'ahhüd eylemişdir.

Bu mes'ele, mes'ele-i sâbıkanın gayridir.

Sûret-i rabia: Kefîl ecnebi bir adamın malından te'diye eylemek üzre kefâlet eylemesidir. Yâni kefîl, kefâleti bir ecnebinin malına muzâf kılsa, bu kefâlet sahîh olmaz. Meselâ bir kimse, şu ester semeninden te'diye etmek üzre birinin borcuna kefîl olduğu halde, mezkûr ester o kimsenin malı olmasa kefâlet sahîh olmaz. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî ve Bezzâziyye fi's-sânî fi'l-mu'allaka.)*

651. MADDE

[**Bir kimse birini,**] meselâ Zeyd'i [**filan vakitde ihzâr**] ve filan şahsa meselâ Bekir'e teslim [**etmek üzre nefsine ve ol vakit ihzâr**] ve teslim [**etmediği takdirde**] Zeyd'in Bekir'e olan [**borcunun edâsına kefîl oldukda**] kefâlet-i nefsiyye, muzâfe ve kefâlet bi'l-mâl, şart-ı müteârefe mu'allak olarak sahîh olur. Bunun kefâlet-i nefsiyye-i muzâfesinde, mekfûlün-anh Zeyd, ve mekfûlün-leh Bekir olduğu gibi, kefâlet-i mâliye-i mu'allakada dahi, mekfûlün-anh Zeyd, ve mekfûlün-leh Bekir'dir. Bu sûretde o kimse Zeydi [**vakt-i mu'ayyende**] ihzâr ve Bekir'e teslim eder ise kendisine malca bir şey lâzım gelmez. Zîra 82. madde şerhinde beyân olunduğu üzre şart -ki bu mes'elede adem-i teslimdir- sâbit

olmadıkça ona mu‘allak olan şey -ki mes'ele-i mezkûrede borca kefâletdir- dahi sâbit olmaz. Yâni ma‘dûm olur.

Mecelle'de "borcun edâsına" denilmesiyle iki mes'eleye işâret olunuyor:

Mes'ele-i ûlâ: Borcun denilip de mikdarının ta'yin olunmaması 630. maddenin fıkra-i sâniyesine mebnîdir. Bu takdirde şart sâbit olarak kefîlin kefâleti tahakkuk ettiğinde, kefîl ne mikdar mal ikrâr eyler veya ne mikdar mal üzerine şahidler şahadet ederler ise, kefîle ol mikdar lâzım gelir; ve mikdarda mekfûlün-leh ile kefîl ihtilaf etseler, ziyâdeyi münkir olduğundan, söz kefîlindir. (76. maddeye bak.) *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis)*

Mes'ele-i sâniye: Mezkûr borcun edâsına ta‘biri, ihtirâzidir. Zîra ol vakit ihzâr edemediği takdirde şu kadar kuruşun i‘tâsı, yâni mekfûlün-anhın borcunun te'diyesi ta‘ahhüd olunmayıp da, belki kefîlin rüşvet olarak -ki tazmînat denilir- mekfûlün-lehe mal i‘tâsını ta‘ahhüd etmek sahîh olmaz. *(Abdülhalîm fi'l-kefâlet)*

O kimse hasta veya muhbûs olmak, yahut mekfûlün-anh nerede olduğu belli olmayacak sûretde gāib bulunmak gibi esbâb-ı meşrû‘adan dolayı, vakt-i mu‘ayyende ihzâr veya teslîmden âciz değil iken [**ihzâr**] ve teslîm [**etmez ise**] 636. maddeye mebnî [**kefîlin ol deyni vermesi lâzım gelir.**] Böyle kefîlin mücerred deyni te'diye etmesiyle, kefâlet-i nefsiyye-i muzâfeden kurtulamayıp kefîl, kefâlet bi'n-nefis ile dahi mutâleb olur. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî mine'l-kefâlet)* Zîra kefâlet bi'n-nefs ile kefâlet bi'l-mâl, ikisi de tevessük için olarak beynlerinde münâfât olmamakla, umulur ki mekfûlün-leh, mekfûlün-anhden kefîlin mu‘allakan kefâlet ettiği malın gayri bir hakkı mutâlebe ediyor. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Amma ber-vech-i mezkûr, kefîlin hasta veya mahbûs yahud mekfûlün-anhın nerede olduğu belli olmayacak sûretde gāib olması cihetiyle kefîl, mekfûlün-bihin ihzârından âciz kalmakla, ihzâr edemese, kefîle malca bir şey terettüb etmez. Zîra şart-ı zamân, ma‘a'l-iktidar adem-i teslîmdir. Halbuki bu sûretde teslîme iktidar olmamakla şart-ı zamân olmaz.

Şu kadar var ki, mekfûlün-anhın vefat etmesi veya mecnûn olmasıyla ihzârdan âciz kalsa, *Hindiyye*'nin beyânına göre kefîlin yine o deyni vermesi lâzım gelir. Zîra mekfûlün-anhın vefâtı, kefâlet bi'n-nefsi ibtâl yâni mekfûlün-anhın tâlibe teslîmini iskāt eyler ise de, kefâlet bi'l-mâlı ibtâl eylemez.[24]

Fethu'l-kadîr sahibi, bu sûretde mekfûlün-anhın vefâtı, teslîmi şart kılınan vakitden sonra olmak kaydı ile takyîd eylemişdir.[25] Zîra şart-ı zamân, ma‘a'l-iktidar adem-i teslîm halin-

---

24 وموت المطلوب وان ابطل الكفالة بالنفس فانما هو فى حق تسليمه الى الطالب لا فى حق المال, رد محتار.

25 وبهذا يزول اشكال المسئلة وهو ان شرط لضمان عدم الموافاة مع القدرة ولاشك انه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته فاذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لان فرض المسأله عدم الموافاة به غدا, رد محتار.

dedir. Halbuki mekfûlün-anhın vefâtından sonra kefîlin onu teslîm edebilmesi mümkün değildir. *Hindiyye*'nin beyâniyle *Fethu'l-kadîr* sahibinin îzâhı arasında mübâyenet vardır.

Bir de *Mecelle*'de "Filan vakide ihzâr." denildi. Zîra mekfûlün-leh ne vakit taleb eder ise mekfûlün-anhın teslîmine ve teslîm edemez ise borcunun edâsına kefîl olup da mekfûlün-anh vefât ettikden sonra mekfûlün-leh teslîmini taleb etse, kefîle borcun edâsı lâzım gelmez. Zîra ba'de'l-mevt mutâlebe sahîh olmadığı cihetle, malı îcâb eden acz tahakkuk etmemekle, mal dahi lâzım olmaz. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis)*

Bu maddenin bu fıkrası vechile, kefâlet edildikten sonra mekfûlün-leh kefîli, kefâlet-i nefsiyyeden ibrâ etmekle, kefîl mekfûlün-anhı ihzâr etmese, kefîle malca bir şey terettüb etmez. Zîra zamânın şartı kefâlet-i nefsiyyenin bekāsı iken, mezkûr kefâlet ibrâ ile zail olmuşdur.[26] *Mecelle*'de "ihzâr etmez ise" denildi. Zîra bir kimse birini filan vakide ihzâr eder ise borcunun edâsına kefîl olsa, ta'lîk bâtıl olmakla, ol vakit ihzâr eylese bile, kefîle malın zamânı lâzım gelmez. Zîra bunda kefîl olacak kimse mekfûlün-lehe iyilik ve ihsân eder ise, kefîl üzerine malın lüzumunu şart edilmiş olmakla gayr-i müteâref bulunan şarta ta'lîk olur. *(Redd-i muhtâr)*

Ânifen îzâh olunduğu vechile kefâletde kefîl, vakt-i mu'ayyende ihzâr ettiği sûretde, kefîl üzerine zamân-ı mal lâzım gelmez. Amma ihzâr etmezse zamân-ı mal lâzım geleceğinden mekfûlün-bihin ihzâr ve teslîminde tarafeyn -mekfûlün-leh ile kefîl- ihtilaf etseler, kefîl ihzâr ve teslîm ettiğini isbât ederse febihâ; edemez ise, söz bilâ-yemin mekfûlün-lehin olmakla, kefîle malın zamânı lâzım gelir.[27] [**Ve**] vakt-i mu'ayyen gelmeden [**kefîl fevt oldukda, veresesi vakt-i mu'ayyene kadar mekfûlün-bihi**] ihzâr ve teslîm etmek üzre mutâlebe olunmakla, vakt-i mu'ayyen geçmeden [**teslîm ederler yahut**] vakt-i mu'ayyen geçmeden [**mekfûlün-bih cihet-i kefâletden dolayı**] teslîm etmekde olduğunu tasrîh ederek [**nefsini teslîm eyler ise**] mekfûlün-leh kabûl etmese bile [**kefîl tarafına malca bir şey terettüb etmez.**] Zîra 82. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, şartın sübûtundan evvel ona mu'allak olan şey ma'dûm olur. Çünkü o şey kable vücûdi'ş-şart sâbit olsa, vücûdu'l-meşrût bi-dûni'ş-şart lâzım gelir.

[**Ve eğer onlar mekfûlün-bihi yahut mekfûlün-bih**] cihet-i kefâletden dolayı [**nefsini**] vakt-i mu'ayyene kadar [**teslîm etmez**] ler de, vakt-i mezkûr mürur eder [**ise, kefîlin te-**

Lâkin kefâlet-i *Hindiyye*'nin fasl-ı hâmisinde "واذا كفل بنفس فلان على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى عليه للطالب عليه فمات المكفول به قبل مضى الغد ثم مضى الغد يصير كفيلا بالمال" diye mezkûrdur.

26 وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب فانها بالموت زالت ايضا واجيب بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه والانفساخ بالموت انما هو لضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديه الى الكفالة بالمال كذا فى الفتح, نهر, رد محتار.

27 قال فى التنوير وشرحه فالقول للطالب لانه منكرها اى الموافاة ويكون الامر على ما كان فى الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البرائة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعى عندنا, رد محتار.

rekesinden malın edâsı lâzım gelir.] Zîra 636. madde şerhinde muharrer ahkâm-ı erba'adan hükm-i sâniye göre, şarta mu'allak olan kefâletde şart tahakkuk ettiğinde, kefîl mutâleb olur.

[**Ve mekfûlün-leh fevt olsa vârisi**] ber-vech-i mezkûr, mekfûlün-bihin vakt-i mu'ayyende ihzârını taleb eyler ve ihzâr edemez ise malı [**mutâlebe eder.**]

Mecelle, kefîl ve mekfûlün-lehin vefâtına dâir mesâili beyân etti. Mekfûlün-anh vefât ettiğinde hüküm nasıl olacağı ber-vech-i âtî beyân olunur.

Mekfûlün-anh vefât ettiğinde, teslîmi şart kılınan vakitten sonra vefât ederse, kefâlet-i nefsiyye bâtıl olur. Amma kefâlet-i mâliyye bâkī kalır. Ondan evvel vefât ederse *Hindiyye*'nin beyânına göre yine kefâlet-i mâliye lâzım gelir. Amma sahib-i *Feth*'in diğerine nazaran bu takdirde kefâlet-i mâliye dahi bâtıl olur ki, nakilleri bâlâda zikrolundu.

[**Ve kefîl vakt-i mu'ayyende mekfûlün-bihi ihzâr edip de mekfûlün-leh tagayyüb ve ihtifâ eylese**], yâni nefs-i mekfûlün-bihâ kendisine teslîm edilmeyip kefâlet bi'l-mâl mün'akid olmak için gizlense, [**anın tarafından bir vekil nasb ile**] mekfûlün-bih [**ona teslîm olunmak üzre, kefîl hâkime mürâca'at eyler.**] Hâkim de ona bir vekil nasb eder. Mekfûlün-bihi bu vekile teslîm ile kefîl berî olur. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Bu vechile gāib için hâkimin nasb edeceği vekillerden biri budur. Diğerleri Kitâb-ı Kazâ'da 1830. madde şerhinde beyân olunur.

Kezâ bir kimse, diğer kimesneyi ne vakit isterse teslîm edemez ise o kimesnenin borcuna kefîl olup da istediği zeman teslîm ettiğinde, kefîl üzerine borç lâzım gelmez.

"İstediğinde teslîm etmek" demek, şeyhülislamın beyânına göre, istediğinde ihzârına ve teslîmi esbabına teşebbüs eylemek demektir. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-babi's-sânî)* Yoksa istediği anda teslîm etmek zâten mümkün değildir.

Kefâlet-i nefsiyye-i muzâfe ile kefâlet-i mâliye-i mu'allakadaki suver-i selase:

Bu babda üç sûret vardır:

Birincisi: İşbu madde şerhinde işâret olunduğu üzre "kefâlet-i nefsiyye-i muzâfe" ile "kefâlet-i mâliye-i mu'allaka" da taleb ile matlûb -mekfûlün-leh ile mekfûlün-anh- vâhid olmalarıdır. Diğer bir ta'bîrle, kefâlet-i nefsiyyedeki mekfûlün-leh, kefâlet-i mâliye-i mu'allakada dahi mekfûlün-leh olduğu gibi, kefâlet-i nefsiyyede mekfûlün-anh olan, kefâlet-i mâliyede dahi mekfûlün-anh olmalıdır; *Mecelle*'de olduğu gibi. Zîra metn-i mezkûrde hem kefâlet-i nefsiyyede hem de mâliyede mekfûlün-leh "Bekir" ve mezkûr iki kefâletde mekfûlün-anh "Zeyd"dir.

Bu sûretle olan kefâlet-i nefsiyye-i muzâfe ve kefâlet-i mâliye-i muʻallaka sahîh olur. Bunun tafsîl ve îzâhı *Mecelle*'nin bu maddesinde metnen ve şerhan mezkûr olmakla, tekrara hacet yoktur.

İkincisi: Tâlib -mekfûlün-leh- iki kefâletde de vâhid olduğu halde, matlûb -mekfûlün-anh-ın müteaddid olmasıdır.

Bu dahi *Bezzâziyye*'nin beyânına göre ınde'l-İmâmeyn, ve Redd-i muhtârın zikrine nazaran yalnız İmam Ebû Yusuf'a göre sahîh ise de, *Mecelle*'de zikr ve buna misâl irad olunmamıştır.

Meselâ bir kimse, yarın Zeyd'e teslîm etmek üzre Amr'ın nefsine ve teslîm edemez ise Zeyd'in Bekir'deki alacağına kefîl olduğunda, Amr Bekir'den bi'l-külleye ecnebi olsa, yâni deyn-i mekfûlün-bih müşterek veya yek-diğere kefîl olmak gibi bir vechile ona taʻlluku olmasa bile, yine kefâlet sahihdir. Hatta vakt-i muʻayyende mekfûlün-bihi teslîm edemez ise, malın zamânı lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-bâbi's-sânî)* Bu sûretde kefâlet-i nefsiyye ve mâliyede mekfûlün-leh "Zeyd" olduğu halde mekfûlün-anh, kefâlet-i nefsiyyede Amr ve kefâlet-i mâliyede Bekir oldu.

Üçüncüsü; iki kefâletde tâlib -mekfûlün-leh- müteaddid olmakdır. Bu sûret sahîh değildir. Mekfûlün-anh iki kefâletde gerek vâhid ve gerek müteaddid olsun, iki sûretde dahi kefâlet bi'l-mâl bâtıl olur.

Meselâ bir kimse, filan adama teslîm etmek üzre diğer kimesnenin nefsine ve o kimesneyi ona teslîm edemez ise filan şahsın o kimesnedeki matlûbuna kefîl olsa, kefâlet-i mâliye sahîh olmaz. Zîra bu, şart-ı gayr-i müteârafe taʻlîkdir.

Kezâ bir kimse yarın filan adama teslîm etmek üzre diğer kimesnenin nefsine ve teslîm edemez ise, filan şahsın filan zata olan borcuna kefîl olsa, kefâlet-i sanîye -kefâlet-i mâliye- sahîh olmaz. (631. madde şerhine bak.) *(Bezzâziyye ve Hindiyye)*

Amma bir kimse, bir medyûnun nefsine kefîl olmakla, mekfûlün-leh o kimseden medyûnu taleb ettiğinde, bir adam filan vakit ihzâr etmek üzre o kimsenin nefsine, ve teslîm edemez ise, mekfûlün-lehin medyûn-ı merkūmdaki alacağına kefîl olsa sahîh olur. [28]

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneyi filan vakitde ihzâr etmek üzre nefsine, ve ol vakit ihzâr etmediği takdirde, yüz kuruşun mekfûlün-lehe iʻtâsına kefîl olduğu "yâni nefs-i mekfûlün-bihin mekfûlün-lehe olan borcuna kefîlim demediği" halde, vakt-i muʻayyende ihzâr etmeyince nazar olunur: Kefîl, mekfûlün-lehin asilde yüz kuruş alacağı olduğunu ve kendisi ber-vech-i mezkûr ona kefîl bulunduğunu ikrâr eder ise mutâleb olur. Kefîl "mek-

28 وليس هذا كالذى عليه مال ولم يكفل به احد كذا فى كافى الحاكم, رد محتار.

fûlün-lehin asilde hiçbir alacağı olmadığını ve kendisinin ber-vech-i mezkûr kefâleti tâlib -mekfûlün-leh- için mu'allakan ikrâr olmakla 82. madde şerhine mebnî gayr-i sahîh olduğunu" iddia ve mekfûlün-leh, asilde yüz kuruş alacağı bulunduğunu, ve kefîl muvâfâte mu'allakan ona kefîl olduğunu dermeyân eylediğinde söz tâlibindir. İmam-ı A'zam ve Ebî Yûsuf rahımehümallahü Te'âlâya göre kefîle yine meblağ-ı mezkûrün zamânı lâzım gelir.

Amma bir kimse, filan vakitde ihzâr etmek üzre diğer kimesnenin nefsine, ve ihzâr edemez ise andaki alacağından başka olarak yüz kuruşun i'tâsına müte'ahhid olduğu takdirde, ulema ihtilaf etmişlerdir: Bâzıları, kefîl üzerine asla bir şey lâzım gelmeyeceğine zâhib, ve bâzılar dahi mekfûlün-lehin başka medyûnundaki alacağına kefâlete hamlederek, kefîl vakt-i mu'ayyende ihzâr etmediği halde yüz kuruşun i'tâsı iktiza edeceğine kāil olmuşlardır. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-babi's-sânî)*

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneden bir hak dava edip de o hak ne olduğunu henüz beyân etmemiş iken, bir şahıs o kimseye " O kimesneyi bırak ben onun nefsine ve yarın teslîm edemez isem mezkûr hakkına kefîlim." dediğinde, kefîl onu yarın teslîm edemese, kefîl üzerine mezkûr hakkın zamânı lâzım gelir. Ve o hakkın ne olduğunu beyânda söz mekfûlün-lehindir.[29] Kezâ bir kimse diğer kimesneden on lira dâvâ ettiğinde, mezkûr on lira Osmanlı veya İngiliz veya Fransız lirasıdır diye vasfını beyân etmemiş iken, bir şahıs o kimseye "O kimesneyi bırak, ben nefsine ve yarın teslîm edemez isem on liraya kefîlim." dediğinde, yarın teslîm edemese, kefîle on liranın zamânı lâzım gelir. Mezkûr on liranın vasfını beyânda söz mekfûlün-lehindir.

Kezâ bir kimse diğer kimesnenin nefsine kefîl olacak olduğunda, "O kimesnenin nefsine ve yarın teslîm edemez isem tâlibin onun üzerine olan bir şeye kefîlim." dese de yevm-i mezkûrde teslîm etmese, malın zamânı lâzım gelir. Bu sûretde kefîl tâlibe, "Senin bunda hiçbir alacağın yoktur." dese, söz, adem-i ilme yemin ile kefîlindir.

Kezâ, kefîl tâlibe, alacağın yüz kuruştur ve mekfûlün-anh borcum iki yüz kuruştur diye ihtilaf ettiklerinde, mekfûlün-anhın ikrârı nefsine maksûr olur; bilâ beyyine yüzden ziyâdesiyle kefîl muâheze olunmaz. Şu kadar var ki "Yarın teslîm edemez isem mekfûlün-anhın ikrâr ettiği malı zâminim." dese, bu sûretde kefîl, mekfûlün-anhın ikrâr ettiğini zâmin olur.[30]

3. Mes'ele: Bir kimse filan kimesneyi filan vakitde, filan mescitde filan adama teslîm etmek üzre, nefsine ve teslîm edemez ise malına kefâlet ve kefâletinde dahi o kimesneyi vakt-i mezkûrde o mescitde bulundurduğunda, kefâletden berâetini şart ettikden sonra,

---

29 لانه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد وفى النهاية فاذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمه فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا يكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة, رد محتار.

30 ولو قال فعليه ما ادعى الطالب وادعى الفا واقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه, رد محتار.

o kimesneyi ber-vechi- mezkûr o mescitde bulundurup işhâd edince, tâlib gāib olsa bile kefîl, kefâlet-i mâliye ve nefsiyyeden berî olur.

Yalnız kefâlet-i nefsiyye ile kefîl olduğunda hüküm yine böyledir. *(Hindiyye fi'l-faslı's-sâlis mine'l-babi's-sânî mine'l-kefâlet)*

652. MADDE

[**Kefâlet-i mutlakada**] yâni te'cil veya taksit şartı zikrolunmaksızın vukū' bulan kefâletde -ki buna kefâlet-i mürsele dahi denilir- deyn, asil üzerine nasıl vâcib olur ise kefîl üzerine dahi öyle vâcib olmuş olur. Diğer bir ta'bîrle [**deyn eğer asîl üzerine mu'accel ise, kefîl hakkında dahi mu'accel ve asîl üzerine**] bir müddet ile [**mü'eccel ise kefîl hakkında dahi**] o kadar müddet ile [**mü'eccel**] ve asîl üzerine mukassat ise, kefîl hakkında dahi mukassat [**olarak sâbit**] ve ol vechile Fer' asîle tabi [**olur.**] *(Ankaravî fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)* Bu mes'ele 635. maddede dahi mürûr etmişti.

Mu'accele misâl; bir kimse diğer kimesne zimmetindeki mu'accel alacağına bir şahıs kefâlet-i mutlaka ile kefîl olsa, meblağ-ı mezkûrü kefîlin derhal vermesi lâzım gelir.

Mü'eccele misâl; bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde semen-i mebî'den olan bin kuruş alacağını bir sene te'cil ettikden sonra bir şahıs meblağ-ı mezkûre kefâlet-i mutlaka ile kefîl olsa, o kimse meblağ-ı mezkûrü kable hulûli'l-ecel asîlden taleb edemeyeceği gibi kefîlden dahi taleb edemez. *(Behce)*

Mukassata misâl; kezâ o kimse meblağ-ı mezkûrü ayda onar kuruş edâ etmek üzre on ay tamamına dek te'cil ve taksît ettikden sonra, şahs-ı merkūm, meblağ-ı mezkûre kefâlet-i mutlaka ile kefîl olsa, o kimse kable hulûli'l-ecel ve't-taksît meblağ-ı mezkûrün cümlesini asîlden alamayacağı gibi kefîlden dahi alamaz. *(Netice)*

Buradaki mutlaka kaydı, mukayyedden ihtirâz içindir. Kefâlet-i mukayyedenin hükmü, madde-i âtiyede zikrolunuyor.

653. MADDE

[**Kefâlet-i mukayyedde ta'cîl**], taksît [**ve te'cil vasıflarının herhangisiyle kaydolunmuş ise**] vasf-ı mezkûr mu'teber ve [**kefîl ana göre mutâleb olur.**] Zîra 83. madde hükmünce, şarta bi-kaderi'l-imkân mürâ'ât olunur.

Te'cil ile'l-vefât dahi olabilir. Meselâ bir kimse "Hayatımda te'diye etmemek şartıyla, filanda olan şu kadar kuruş alacağa kefîlim." dese sahîh olur. Kefîl vefât ettikden sonra terekesinden istîfâ edilir. Amma te'diye etmemek şartıyla filanda olan bin kuruş alacağına kefîlim, dese kefâlet bâtıl olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet)*

Kefîlin ona göre mutâleb olacağı ale'l-ıtlak değerinden müstefâd olur ki, deyn-i hâle mü'eccelen dahi kefâlet câizdir. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet)*

Mu'accelen veya mü'eccelen vâki' olan kefâlet-i mukayyedede dokuz sûret vardır: Zîra deyn ya hal veya mü'eccel veya mukassat olacağı gibi; kefâlet dahi veya halen veya mü'eccelen, veya mukassatan olacağından bunda dokuz mes'ele hâsıl olur:

1- Deyn-i hâle; halen,

2- Deyn-i hâle; mü'eccelen,

3-Deyn-i hâle; mukassatan,

4- Deyn-i mü'eccele; mü'eccelen,

5- Deyn-i mü'eccele; hâlen,

6- Deyn-i mü'eccele; mukassatan,

7- Deyn-i mukassata; mukassatan,

8- Deyn-i mukassata; hâlen,

9- Deyn-i mukassata; mü'eccelen kefâlet olup cümlesi sahîh olur.

Ancak mâdde-i âtiye şerhindeki ikinci mes'ele nazar-ı i'tibâra alınmak lâzımdır. Mu'accelen kefîl olmuş ise, derhal mü'eccel veya mukassat olarak kefîl olmuş ise, ecel veya taksît hulûlünde kefîl, mekfûlün-bih ile mutâleb olur.

Meselâ bir kimse mu'accel deyne mü'eccelen kefîl olduğunda, dâyin muhayyerdir. Dilerse derhal medyûn-ı asîlden, ve ister ise hulûl-i ecelde kefîlden mutâlebe eder. Mâdde-i âtiye şerhindeki ikinci mes'eleye mürâca'at ediniz.

Nitekim bir kimse, mü'eccel deyne mu'accelen kefîl olduğunda, dâyin muhayyerdir. Dilerse derhal kefîlden, ve ister ise hulûl-i ecelde asîlden mutâlebe eder. Nitekim iki mes'elede dahi dâyin mü'eccel olan kısmın hulûl-i eceline intizâr ederek, hulûl-i ecelde dilerse asîlden ve ister ise kefîlden mutâlebe edebileceği gibi.

Sıfat ve kaydda ihtilaf: Tâlib, "Halen kefîl oldun." ve kefîl, "Bir ay mü'eccelen kefîl oldum, binâenaleyh ecel gelmeden hakk-ı mutâleben yoktur." diye ihtilaf ettiklerinde, söz ma'a'l-yemin kefîlindir. Zîra kefîl, fi'l-hâl mutâlebeyi münkirdir. *(Redd-i muhtâr)*

Amma ikrârda hüküm böyle değildir. Şöyle ki bir kimse bir ayı mü'eccel olmak üzre filan kimesneye bin kuruş borcum var diye ikrâr ettikden sonra mukarrun-leh, meblağ-ı mezkûr mu'acceldir dese, söz mukarrun-lehindir. Fark şudur ki, mukırr deyni ikrâr ettikden sonra bir ay te'hir-i mutâlebeyi nefsîçün iddia ediyor. Dâyin ise te'hir-i mutâlebeyi münkir bulunduğundan, söz münkirin ve beyyine müdde'înin -mukırrın- olur. (76. maddeye bak.) Amma mes'ele-i mezkûrede kefîl deyni ikrâr etmedi; çünkü bâzı fukahaya göre kefîl üzerine deyn değil belki mücerred hakk-ı mutâlebe sâbit olarak, tâlib ondan

fi'l-hâl hakk-ı mutâlebeyi iddia ve kefîl ise inkâr etmekte olmakla, söz kefîlin ve beyyine tâlib olur.[31]

654. MADDE

[**Bir müddet-i ma'lûme ile mü'eccel olan deyne ol**] kadar [**müddet ile mü'eccel olarak kefâlet sahîh olduğu gibi, andan**] noksan veya [**ziyâde müddet ile mü'eccel olarak kefâlet dahi sahîh olur.**] Kable hulûli'l-ecel kefîl mutâleb olmaz. Nitekim, halen olan deyne mü'eccelen kefâlet sahîh olduğu madde-i ânife şerhinde beyân olunmuş idi.

Meselâ bir ay mü'eccel olan deyne, bir ay ecel ile kefâlet sahîh olduğu gibi, on beş gün veya iki ay ecel ile dahi kefâlet sahihdir. Tesmiye kılınan ecel hulûl etmedikçe, deyn kefîlden mutâlebe edilmez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis)*

Kefîl hakkında ecelin ba'de's-sükūt avdeti -mü'eccelen kefîl olan kimse, kable hulûli'l-ecel mekfûlün-bih mukābilinde asîle bir mal bey' ve teslîm ederek ol vechile mekfûlün-bihi te'diye ettiği halde mezkûr mal bi'l-istihkāk zabtolunsa yahut hıyâr-ı ayb ve hükm-i hâkim ile reddedilse, ecel avdet eder. Yâni mekfûlün-bih, kefîlden tamâm-ı ecelde mutâlebe olunur. Amma kefîl ile mekfûlün-leh bey'i ikāle yahut mekfûlün-leh hıyâr-ı ayb ile hükm-i hâkimsiz mebî'i redd etse ecel avdet etmez; kefîl derhal mutâleb olur. (196. madde şerhine bak.)[32] Kefîl veya asîlin yahut ikisinin vefâtîyle ecelin sükūtu: Kable hulûli'l-ecel kefîl mutâleb olmayacağı beyân olunmuştu. Fakat kefîlin vefâtîyle onun hakkındaki ecel sâkıt olur; mekfûlün-bih hâlen terekesinden istîfâ olunur. Amma kefîlin vefâtîyle asîl hakkındaki ecel sâkıt olmaz.

Binâenaleyh, verese mekfûlün-bihi terekeden te'diye ettiklerinde, kefâlet bi'l-emr olmakla, asîle rücû' edecek olduklarında ecelin tamamında rücû' edebilirler; ondan evvel değil.

Nitekim kefîl, hayatında deyn-i mü'ecceli hâlen te'diye etse, kefâlet-bi'l-emr olup da asîle rücû' edecek olduğu takdirde tamam-ı ecelde rücû' eder. Ondan evvel edemez.

Kezâ, asîl vefât ettiğinde, hakkındaki ecel bâtıl ve deyn hâl olur. Amma asîlin vefâtîyle kefîl hakkındaki ecel bâtıl olmaz. Hatta mekfûlün-leh kefîle tazmîn ettirmek istediğinde hulûl-i ecele kadar intizâra mecbur olur. Lâkin terekeden isteyecek olur ise, hâlen te'diye olunur. Kefîl ve asîl ikisi de vefât ettikleri takdirde ikisi hakkında dahi ecel bâtıl olmakla, tâlib dilerse kefîlin ve dilerse asîlin terekesinden hâlen istîfâ-yı deyn eyler. Zîra deyn, hâl-i

---

31 وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها فى الحال او فى المستقبل كالكفالة بما ذاب او بالدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر. رد محتار.

32 ولو لم يبعه ما لا ولكن قضاها وعجلها فوجدها ستوقته فردها كان المال على الكفيل الى اجله وكذلك لو وجدها زيوفا او نبهرجة وردها بقضاء او بغير قضاء, هنديه فى الباب الثانى فى الفصل الخامس من الكفالة.

hayatlarında ikisinin de zimmetlerinde sâbit olduğu gibi, ba'de'l-vefât dahi sâbit olur. *(Hindiyye, fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

1. Mes'ele: Bir kimse, diğer kimesne zimmetindeki peşin olarak alacağı, meselâ semen-i mebî'i filan şahıs ona kefâlet etmek üzre te'cil etse, o şahıs kefâleti kabûl ettiği halde te'cil sahîh olur. O şahıs gerek hâzır, gerek gāib olsun. Amma kefâleti kabûl etmeyince te'cil sahîh olmaz. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)*

2. Mes'ele: Karzdan başka peşin olan bir deyne, birisi müddet-i ma'lûme dek, mü'eccelen kefîl olsa, hem asîl hem de kefîl hakkında te'cil olur.[33] Zîra kefîl hakkında te'cil, asîl hakkında dahi te'cili dahi müstelzimdir. Fakat tâlib vakt-i kefâletde eceli yalnız kefîl için şart ettiği yahut kefîl eceli nefsine muzâf kıldığı halde kefîl hakkında te'cil olur ise de, asîl hakkında te'cil olmaz. Amma karza mü'eccelen kefîl olsa, kefîl hakkında ecel sâbit olur ise de asîl hakkında olmaz. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Bâlâda zikrolunduğu üzre, kefîl, beni te'cil et diye eceli nefsine muzâf kılar ise, ecel, yalnız kefîl hakkında sâbit olur. Ve te'cil et diyerek, eceli nefsine muzâf kılmayıp da tâlib dahi kabûl eylese, hem asîl hem de kefîl hakkında te'cil olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-kefâlet)*

3. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneden "cihet-i karzdan filanda olan bin kuruş alacağına hâlen kefîl olduğunu" iddia ve kefîl, kefâleti bi'l-külliye inkâr, veya kefâleti ikrâr ile ecel iddia ettiği halde, şâhitlerden biri bir sene müddetle mü'eccelen, diğeri hâlen kefâletine şahâdet etseler, iki sûretde dahi mu'accelen kefâlet sâbit olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sâlis mine'l-kefâlet)*

655. MADDE

[**Dâyin**] -kefîl- deyn-i mu'accele mu'accelen, yahut deyn-i mezkûre, kefâlet-i mutlaka ile kefîl olarak ol vechile mu'accelen mutâleb iken mekfûlün-leh [**alacağını asîl hakkında te'cîl eder**] de asîl dahi te'cîli redd etmez [**ise**] Fer' asîle tabi' olacağından [**gerek kefîl ve gerek kefîlü'l-kefîl hakkında dahi te'cîl etmiş olur.**]

Binâenaleyh dâyin, meblağ-ı mezkûrü kable hulûli'l-ecel, asîlden ve kefîlden mutâlebe edemez. Amma asîl te'cîli redd eder ise, te'cîlin hükmü kalmaz. Gerek asîl, gerek kefîl hâlen mutâlebe olunur. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

---

33 وان اتفقا اى الشاهدان فى الزمان والمكان واختلفا فى الاجل وكانت الدعوى فى الكفالة بالمال فقال احدهما كفيل به الى شهر وقال الآخر الى شهرين فان كان المدعى يدعى اقرب الاجلين فالقاضى يقبل شهادتهما وان كان يدعى ابعد الاجلين لا يقبل شهادتهما, هنديه فى المحل المزبور.

[**Ve**] kefîlü'l-kefîli bulundukda dâyinin matlûbunu, [**kefîl-i evvel hakkında te'cîli, kefîl-i sânî hakkında dahi te'cîl olur.**] Zîra kefîl-i evvel, kefîlü'l-kefîle nisbeten asîl, ve kefîlü'l-kefîl dahi doğrudan doğruya mekfûlün-anha kefîl gibidir.

Şerhan beyân olunduğu vechile buradaki kefîl-i evvelden maksûd, 626. madde vechile olan kefâletdeki kefî-i evveldir. Amma 627. madde vechile, bir deyne evvela Zeyd kefîl olduktan sonra yine o deyne Amr kefîl olup da, dâyin evvela kefîl olan Zeyd hakkında te'cîl etse, Amr hakkında te'cîl olmaz. Nitekim dâyin, Zeyd'i kefâletden ibrâ etse, bu ibrâ ile Amr'ın dahi kefâletden berî olması lâzım gelmez. İbrâ-i muvakkat yâni te'cîl dahi bu mes'elede ibrâ-i müebbed gibidir.

[**Amma**] dâyinin [**kefîl**]-i evvel veya sânî [**hakkındaki te'cîli**]ni kefîli kabûl eylese sahîh olur. Asîl Fer'a tabi' olmayacağı cihetle bu te'cîl [**asîl hakkında te'cîl değildir.**] Binâenaleyh tâlib alacağını dilerse asîlden hâlen ve dilerse kefîlden ba'de hulûli'l-ecel mutâlebe eder. Bu takdirde kefîl, kable hulûli'l-ecel, deyni te'diye ettiğinde ecel hulûl etmedikçe asîle rücû' edemez. Amma kefîl te'cîli redd eder ise merdûd olur. Mekfûlün-bih hâlen mutâlebe olunur. *(Redd-i muhtâr)*

Fakat deynin bu vechile kefîl hakkında vukū' bulan te'cîl, asîl hakkında te'cîl olmaması kefîl hâlen kefâlet ettikden sonra tâlib kefîl-i merkūmdan te'cîl ettiği sûrettedir. Amma kefîl, peşin olan bir deyne mü'eccelen kefâlet eylese, deyn-i mezkûr hem asîl hem de kefîl hakkında mü'eccel olur.

1. Mes'ele: Kefîl, mekfûlün-anhı te'cîl ettiğinde, kefîl ile mekfûlün-anh beyninde sahîh olur. Mekfûlün-leh hakkında sahîh değildir. Bu te'cîl ile mekfûlün-lehin alacağı te'cîl edilmiş olmaz. Amma mekfûlün-leh medyûnu te'cîl ettiğinde, bu te'cîl hem medyûn, hem de kefîl hakkında sahîh olacağı *Mecelle*'de beyân olundu. *(Hindiyye fî evâhiri'l-bâbi's-sânî mine'l-kefâlet)*

2. Mes'ele : Âcâl müctemi' olduğunda müddet-i vâhide ile muktezî olur. Meselâ bir kimse asîl ve kefîli bir ay te'cîl ettikden sonra bir sene te'cîl eylese, evvelki bir ay mezkûr seneye dahil olarak, senenin tamamiyle te'cîl-i evvel ve sânî birlikte hi'tâm bulur. Yoksa iki te'cîl ayrı ayrı addedilerek ecel bir sene bir ay olmuş olmaz. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbûr)*

656. MADDE

[**Mü'eccelen medyûn olan kimse kable hulûli'l-ecel âhar diyâra gidecek olup da dâyini hâkime mürâca'atla andan kefîl**] veya rehin [**istedikde**] o kimse dâyine bir [**kefîl**] veya rehin [**vermeğe mecbur olur.**] Ve illa hâkim onu seferden men' eder.

Nitekim, hâlen medyûn olan kimsede dahi hüküm böyledir. Yoksa dâyine, "Medyûnun nereye giderse sen de git ve ecel hulûl edinceye kadar takib et." denilemez. Zîra dâyin,

buna mecbur olsa, alacağından ziyâde olarak mesârif-i seferiyye ihtiyar etmeğe mecbur kalır. *(Redd-i muhtâr ve Vâkı'âtü'l-müftîn)*

Amma müteaddid kefîl i'tâsına icbâr edilemeyeceği gibi, âhar diyâra gitmeyecek olduğunda bir kefîl i'tâsına dahi icbâr edilemez. *(Tenkîh ve Ankaravî)*

Nitekim, asîl âhar diyâra gitmek istediğinde, hâlen kefîl-bi'l-mâl olan kimse "Deyni bana veya tâlibe te'diye et, veya tâlibe beni ibrâ ettir de kefâletten kurtar." diye asîli seferden men' edebilir; kefâleti eğer asîlin emriyle olmuş ise. Amma kefâleti bilâ-emir ise men' edemez. Zîra bilâ-emir kefîl olan kimse, müteberri' ve asîli mutâlebe etmeğe hakkı mefkūd bulunmuşdur.[34] Kezâ, kefîl bi'n-nefis olan kimse dahi "Nefsini tâlibe teslîm et de beni kefâletden kurtar." diye asîli seferden men' edebilir; kefâleti eğer asîlin emriyle olmuş ise. Bilâ-emir ise edemez.

657. MADDE

[**Bir kimse**] -medyûn- [**birine, benim filan kimesneye olan borcuma kefîl**] veya zâmin [**ol deyip**] yâni borcuna kefâlet etmesiyle emredip [**ve o dahi kefîl olup da kefâlet hasebiyle borcu**] o kimesneye [**edâ ettikden sonra asîle rücû'**] edebilir. Kefîlin hasbe'l-kefâle te'diye ettiğini asîle bi'l-mürâca'at taleb edebilmek için kefâlet, asîlin emriyle olması lâzımdır. Rücû'u mucib olan emrin sûretinde ihtilaf olunmuşdur: Tarafeyne göre medyûna "Filana olan borcuma, -zâmin olduğun şey benim üzerime olması şartıyla- kefîl ol." diye vukū' bulan emir üzerine kefâlet etse, emr-i mezkûr mucib-i rücû'dur. Amma filana olan borcumu zâmin ol diye vukū' bulan emir üzerine kefâlet eylese, *Feth*'de mezkûr olduğu üzre müşarun-ileyhimaya göre emr-i mezkûr mucib-i rücû' değildir. Zîra emr-i mezkûrden maksat rücû' yahut taleb-i teberru' olmak ihtimalleri olmakla, âmir me'murun halîtı olmadıkça amir üzerine mal lâzım gelmez.

Lâkin İmam-ı sâniye göre, filana olan borcumu zâmin ol dediğinde "benden" gibi ibare söylemese bile emr-i mezkûr mucib-i rücû'dur ki[35] *Mecelle*'nin zâhir ibaresi müşarun-ileyhin mezhebine muvafıkdır.

Mecelle'de, "borcu edâ ettiğinde" tâbirinden iki mes'ele müstefâd olur:

Mes'ele-i ûlâ: Asîl, borcu te'diye ettikden sonra, kefîl bunu bilmeyerek bir kerre de kendisi te'diye eylese, kefîl verdiği meblağı dâyinden istirdâd edebilir. (97. maddeye bak.) Yoksa asîle rücû' edemez; velev ki asîlin emriyle kefîl olmuş olsun...

---

34 حتى انه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه, در مختار ورد محتار فى آخر الكفالة.

35 واجمعوا على ان المأمور لو كان خليطا رجع هو الذى فى عياله من ولد او ولد او زوجة او اجير والشريك شركة عنان قال فى الاصل والخليط ايضا الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال والظاهر ان الكل يعطى لهم حكم الخليط وتمامه فيه انتهى, رد المحتار بتغيير ما.

Nitekim, te'diye-i deynde müteberri' olanda dahi hüküm böyledir. Zîra bu sûretde kefîl borcu edâ etmiyor. Zîra o burcu asîl edâ eylemişti. *(Redd-i muhtâr ve Ankaravi ve Ali Efendi)*

Mes'ele-i sâniye: Kefîl deyni te'diye etmeden, mezkûr deyni asîlden -kefâlet bi'l-emir olsa bile- taleb edemez. Zîra kefîl, mekfûlün-lehin asîldeki alacağına edâ ile mâlik olur. Yoksa kable'l-edâ ona mâlik olamaz. Şu kadar var ki, kefîl bi'l-emir, deyni henüz tâlibe te'diye etmeden asîl, tâlibe vermek üzre, mâl-i mekfûlün-bihi -deyni- kefîle verse, artık ondan istirdâd edemez. Velev ki kefîl onu henüz tâlibe vermiş olmasın. *(Redd-i muhtâr)* Çünkü, kā'ide-i fıkhiyyedendir ki, bir garaz-ı sahîha binaen, bir kimse diğer kimesneye bir şey verse, o garaz bâki oldukça o kimse, şey-i mezkûrü o kimesneden istirdâd edemez. İşte bu mes'elede te'diye-i deyn, garazıyla bu paraya kābız olan kefîlin hakkı ta'alluk eder. Bu garaz bâki oldukça o para istirdâd olunamaz; meğer ki ondan sonra asîl, kendisi te'diye-i deyn etsin. O halde istirdâd edebileceği gibi, tâlib, alacağını asîlden te'cîl ederse yine istirdâd eder. *(Redd-i muhtâr)*

Fakat o kefîl, asîlin emriyle kefîl olmuş değil ise, asîlin kefîle verdiği mâl-ı mekfûlün-bihi tâlibe verme diye nehy mu'teberdir. Amma asîl mezkûr deyni tâlibe i'ta etmek üzre vermeyip belki alâ vechi'l-emânet verse istirdâd edebilir, kefîl "Sana olan kefâletim hasebiyle verdim." diye onu asîle iâde etmekten imtinâ' edemez. *(Ankaravî fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet ve Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*[36]

Kefîl bi'l-emrin hakkı, bu madde vechile ba'de't-te'diye asîle mürâca'at etmekten ibâredir; rehine müdahale edemez. Meselâ bir kimse rehinli borca kefîl oldukdan sonra deyni te'diye ettiğinde, kefîl-i merkūm, rehn-i mezkûrü dâyinden bi'l-istirdâd kendi yedinde merhun olmak üzre imsâke kādir olamaz. *(Ankaravî fi'l-mahalli'l-mezbûr)*

Kezâ, semen-i mebî'a kefîl olan kimse te'diye-i semen ettikden sonra müşteriye henüz teslîm olunmayıp da yed-i bâyi'de bulunan mebî'a müdahale edemez. Yâni, mebî'-i mezkûrü alıp da istîfâ-yı deyn için 278. maddeye istinaden yedinde tevkîf edemez. *(Tenkîh)*

Mecelle'de "Borcuma kefîl ol." ibaresinden dahi anlaşılacağı üzre kefîlin, mekfûlün-anha rücû'unda kefâlet-i vâkı'a mekfûlün-anhın emriyle olması şarttır.

Emir, ya hakîkaten veya hükmen olur.

Hakikaten emir, *Mecelle*'de mezkûr olduğu üzre medyûnun bir kimseye "Filana olan borcuma kefîl ol." diye, emir eylemesidir.

---

36 بخلاف ما ذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة فى يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقبض دينه, تنقيح فى الكفالة.

Hükmen emri üç misâl ile îzâh edelim:

Misâl-i evvel: Eb, ibn-i sağîrinin zevcesinin mihrine kefîl olması gibi. Meselâ eb vefât ettikden sonra terekesinden mihr-i mezkûr istîfa olunduğunda, verese-i saire kendi hisseleri için ibn-i merkūmun terekeden hissesine mürâca'at ederler. Zîra ebin ber-vech-i mezkûr kefâleti, sağîre olan velâyeti hasebiyle olmakla, hükmen sağîrin emriyle olmuş sayılır.[37] Amma ibn, kebir olunca mihrine olan bilâ-emr kefâlet teberru'dur. *(Ali Efendi)*

Böyle, bi'l-emir olan kefâletde, kefîlin ba'dehü asîle rücû'ı yahut kefîlin te'diye ettiği mekfûlün-bihi asîlin zâmin olması şart edilmese bile, bâlâda zikrolunduğu üzre, ***Mecelle***'de kabûl olunan İmam Ebu Yusuf'a göre, ba'de edâi'd-deyn kefîl, asîle mürâca'at eyler. Ve mekfûlün-anh, emrini inkâr ettiğinde kefîl isbât edebilir. *(Bezzâziyye ve Şürünbülâlî).* (76. maddeye bak.)

Meselâ bir kimse 672. maddede beyân olunduğu üzre, bedel-i icâreye müste'cirin emriyle kefîl olsa, bedel-i icâreyi âcire te'diye ettikden sonra o kimse, müste'cire rücû' eder.

"Borcu" tâbiri delâlet eder ki, kefîl bi'l-emir, asîl üzerine vâcib olanı verir ise ol vakit rücû' edebilir; ondan evvel edemez. Meselâ bedel-i icâreye kefîl olup da müste'cir üzerine henüz ücret lâzım olmadan kefîl bedel-i icâreyi te'diye etse, asîle fi'l-hâl rücû' edemez. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâle)* Bu mes'ele âtîde îzâh olunur.

Vâkı'a, bilâ-emir olan kefâlet dahi sahîh ise de teberru'dur. Kefîl te'diye-i deyn ettikden sonra asîle rücû' edemez. *(Dürer)*

Nitekim bir kimse birinin borcuna bilâ-emri'l-medyûn kefîl olarak tâlib -dâyin- kefâleti kabûl ettikden sonra mekfûlün-anh bunu işitmekle kefâlete razı olup ba'dehü kefîl borcu te'diye etse, mekfûlün-anha rücû' edemez. Zîra kefâlet-i vâkı'a, rücû'u mûcib olmayacak sûretde kefîlin îcâbı ve mekfûlün-lehin kabûlü ile mün'akid olmakla, ondan sonra mucib-i rücû' olmaklığa münkalib olmaz. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr kubeyle'l-havâle ve fî mevzı'ın âhar mine'l-kefâle)*

Fakat şu fark, Tarafeyne göre olabilir. Müşarun-ileyhimaya göre kefâletin in'ıkādı îcâb-ı kefîl ve kabûl-i mekfûlün-leh iledir. Amma imam-ı sâniye göre kefâletin hem in'ıkādı hem de nefâzı mücerred îcâb-ı kefîl ile olduğuna göre, bu vechile tefrik olunamaz. (621. madde şerhine bak.) Yâni bu mes'elede imamı sâniye göre bi-tarîkı'l-evlâ hakk-ı rücû' yoktur.

Misâl-i sânî: Kefîl, kefâletini inkâr etmesiyle mekfûlün-leh, mekfûlün-anhın emriyle kefâlet ettiğini isbât etmekle, kefîl üzerine hüküm olunup o da te'diye etse, mekfûlün-anha rücû' eder. Zîra kefîlin, evvelen bi'l-emir olan kefâleti inkâriyle sonradan rücû'u taleb et-

---

37 فان ادى بنفسه فان اشهد رجع والا لا, رد محتار.

mesi beyninde her ne kadar tenâkuz var ise de 1654. maddeye mebnî bu tenâkuz ma'füvv olur. *(Redd-i muhtâr)*

Şu kadar var ki kefîl şâhidleri tekzib ve ba'de'l-hüküm yine emriyle kefâleti inkâr ettiğinde, bu inkâr ibrâ sayılacağından, artık asîle rücû' edemez. *(Behce fî faslin fi'd-dâvâ fi'l-kefâlet vema yünasibüha.)* ***Mecelle***, kefâlet ile emredeni medyûnu gösterdi. Zîra ecnebinin emriyle olan kefâlet, bilâ-emir vukū' bulan kefâlet gibidir.

Meselâ bir kimse diğer kimesneye, "Filan şahsın filan adama olan borcuna kefîl ol." demekle, o da kefîl olup mekfûlün-bihi te'diye etse, âmire rücû' edemez. *(Redd-i muhtâr)*

Kezâ, bir kimse kendi nefsine ve aleyhine ne hüküm olunur ise onun dahi te'diyesine tarafından birini, filan şahsa kefîl vermek üzre bir kimesneyi bi't-tevkîl, o kimesne dahi bir adamı ber-vech-i mezkûr o kimse tarafından o şahsa kefîl verdikden sonra müvekkil -o kimse- aleyhine şu kadar kuruş hükmolunsa, meblağ-ı mezkûr ile kefîl -o adam- mutâleb olur ve kefîl, o vekili müâheze edemez.[38]

Sabî-i mahcurun emri hükümsüz olup mûcib-i rücû' değildir.

Binâenaleyh sabî-i mahcurun birine "Filana olan borcuma kefîl ol." diye emir ve o dahi kabûl ile îfâ-yı deyn eylese, âmiri bulunan sabî-i mahcura rücû' edemez. Amma sabî-i me'zunun emri bâliğin emri gibi mu'teber ve mûcib-i rücû'dur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-kefâle)*

Vasînin emri dahi mûcib-i rücû'dur.

Meselâ vasî, bir kimseye, müteveffânın borcuna kefîl olmasiyle emretmesi üzerine, o kimse dahi kefîl olup hasbe'l-kefâle te'diye-i deyn etse, kefîl meyyitin terekesine rücû' eder. Yoksa âmirin malına mürâca'at edemez. *(Âdâbü'l-evsıyâ)*

Misâl-i sâlis: Vasî, müteveffânın deynini zâmin olsa terekesine mürâca'at eyler. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'r-rabi')*

Kefâlet bi'l-emrin mûcib-i rücû' olması -deyn-i mekfûlün-bih gerek asâleten ve gerek kefâleten lâzım olsun- mutlakdır.

Meselâ asîl, kefîl bi'l-mâlın zimmetine lâzım gelen mutâlebe-i meblağa kefâlet etmesini bir şahsa emredip de o da kefîl oldukdan sonra tâlib, alacağını kefîl-i saniden istîfâ eylese, kefîl-i merkūm asîle rücû' eder. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'r-rabi' mine'l-kefâlet)*

Kefîl, mü'eccel olan mekfûlün-bihi mekfûlün-lehe hâlen te'diye ettiğinde, kable hulûli'l-ecel, asîle rücû' edemez.

---

38 لان الوكيل ههنا بمنزلة الرسول لانه لم يوجد منه ايجاب العقد ولا قبوله وانما وجد منه مجرد الامر بالكفالة عن المطلوب والامر بالعقد لا يوآخذ بحقوق العقد. هندية فى مسائل شتى من الكفالة.

Nitekim bir kimse ücrete kefîl olup da müste'cir üzerine îfâsı henüz lâzım olmadan, kefîl ücreti âcire verse, asîl üzerine ne vakit ücret lâzım ve edâsı vâcib olur ise o vakit rücû' edebilir. (467.,468., 469. ve 470. maddelere bak.) Ondan evvel rücû' edemez. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sânî mine'l-kefâlet)*

Kefîl bi'l-haml, yâni yükü nakle kefîl olan kimse, yükü mahall-i meşrûta nakl ettiğinde, kefâlet bi'l-emr olunca asîle rücû' eder.

Meselâ bir kimse, filan mahalle şu kadar yük götürmen üzre gayr-i mu'ayyen bir hayvanı bi'l-isticar buna, âcire birisi kefîl olsa, kefîl, mezkûr yükü mahall-i mezkûre nakledince, yevm-i nakildeki ecr-i misliyle âcire rücû' eder; kefâleti eğer emriyle ise.

Hayyâtaya kefâletde dahi hüküm böyle, *(Hindiyye fi'l-fasli'r-râbi' mine'l-bâbi's-sânî mine'l-kefâlet)* (631. madde şerhine bak.)

Kefîl bi'l-emrin rücû'a hakkı olmadığı bâzı mesâil: Kefîl bi'l-emir, mesâil-i âtiyede asîle rücû' edemez.

Evvelen: Kefîl, hasbe'l-kefâle deyni henüz te'diye etmeden kefîl-i merkūm, asîli deyn-i mezkûrden ibrâ, veya deyn-i mezkûrü asîle hibe ettiğinde artık hakk-ı rücû' kalmaz. Hatta bundan sonra kefîl, deyni tâlibe te'diye ettiğinde asîle rücû' edemez. *(Hindiyye fi'l-fasli's-sâlis mine'l-babi's-sânî mine'l-kefâlet)*

Hulasa; kefîl, asîli ibrâ ettiğinde sahîh olur. Velev ki kefîl henüz deyni tâlibe vermemiş bulunsun.

Meselâ bir kimsenin diğer kimesnedeki alacağına o kimesnenin emriyle bir şahıs kefîl olduktan sonra, o şahıs, o kimesnede asla hakkım yoktur diye ibrâ-i âmm ile ibrâ ettikten sonra meblağ-ı mezkûrü tâlibe te'diye etse asîle -o kimesneye- rücû' edemez.[39]

Saniyen: Tâlib, kefîl bi'l-emri berâeti iskāt ile ibrâ ettiğinde, kefîl-i merkūm asîle rücû' edemez.

Berâet-i iskāt, seni ibrâ ettim, veya mâl-ı mekfûlün-bih sana helal olsun demek gibi sözlerdir. Tâlib, kefîli ber-vech-i mezkûr berâet-i iskāt ile ibrâ ettiğinde, bu ibrâ ile asildeki alacağı sâkıt olmayacağından, tâlib asîlden istîfâ-yı matlûb eyler. *(Redd-i muhtâr)*

Amma berâet-i istîfa ile ibrâ eyler ise, kefâlet emriyle olunca kefîl asîle rücû' eder. Berâet-i istîfâ, mâl-ı mekfûlün-bihi senden aldığım veya te'diye-i deyn eylediğin cihetle beriyyü'z-zimme oldun demek gibi sözlerdir.

---

39 لانه وجب على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه لانه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء صح, نتيجه وهدايه.

Berâet-i iskāt ile mi, yoksa berâet-i istîfâ ile mi ibrâ eylediğinde şek vâki' olur ise tâlibe -ibrâ edene- bi's-sual hangisini murad ettiğine dâir vereceği cevâb kabûl olunur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis ve Redd-i muhtâr)*

Salisen: Kefîl bi'l-emir, asîl huzurunda deyni dâyine te'diye etmiş iken, dâyin istîfâyı inkâr ve yemin etmesiyle tekrar kefîlden alsa, kefîl bu ikinci te'diyesiyle asîle rücû' edemez. Amma bi'l-aks asîl, kefîl bi'l-emir huzurunda deyni te'diye eylemiş iken dâyin istîfâyı inkâr ve yemin etmesiyle tekrar kefîlden alsa, kefîl bu ikinci te'diye ile asîle rücû' eder. (*Ankaravî ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'r-râbi'*)

Râbian: Kefîl bi'l-emir, deyni tâlibe te'diye ettiğini iddia ve mekfûlün-anh bunu tasdîk etmiş iken, tâlib matlûbunu aldığını inkâr ve yemin etmekle mekfûlün-anhden tekrar istîfâ eylese, kefîl-i merkūm mekfûlün-anha rücû' edemez. Şu kadar var ki kefîl te'diye-i deyn ettiğine ikāme-i beyyine etse kabûl olunur. Bu beyyine, tâlib gāib olsa bile, asîl muvacehesinde ikāme olunabilir. Şu halde kefîl, asîle rücû' eder. (76. maddeye bak.)[40]

Rücû' [**edecek oldukda**] müeddî kefîl olduğu şey ise, müeddâ ile rücû' eder. Ve eğer müeddî kefîl olduğu şeyin gayri ise yine [**kefîl olduğu şeyle rücû' eder. Müeddâya i'tibâr olunmaz.**] Yâni kefîlin mekfûlün-lehe kefîl olduğu şeyden başka olarak verdiği şeyle kefîl asîle rücû' edemez. Zîra kefîlin rücû'u bi-hükmi'l-kefâledir. Hükm-i kefâlet dahi, kefîl deyni edâ ile ona mâlikiyyet olmakla, kefîl dâyin-i aslî gibi olur. Dâyin, aslı medyûndan nasıl ki alacağını alırsa kefîl dahi onu alabilir.[41]

Bu hükümden şu mes'ele müstesnâdır: Bir kimse kıyemî olan müslemün-fîhe bi'l-emr ve'l-kabûl kefîl olup da mekfûlün-lehe îfâ ettikden sonra asîle rücû' edecek olduğunda, müslemün-fîhin kıymetiyle rücû' eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'r-rabi' mine'l-kefâlet)*

[**Amma borcun bir mikdarı**] meselâ borç bin mecidiye olup da sekiz yüz mecidiye [**üzerine**] kefîl [**dâyin ile musâlaha ettiği takdirde**] 1552 maddeye mebnî sulh-i vâki' bedel-i sulhden mâadâsından ibrâ ve iskāt olmakla [**verdiği bedel-i sulh ile rücû' eder.**] Zîra bi-hükmi'l-kefâle onu edâ ettiğinde, mekfûlün-anh zimmetindeki ol mikdara yâni bedel-i sulh

---

40 ولو ان الآمر قال للمأمور ان لفلان علي الفا فبعه فرسك بها كان هذا جائزا فان باعه الفرس بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعنى الا انى لم اقبض الفرس حتى هلك فى يده وقال الآمر والبايع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فاذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب انفساخ العقد من الاصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال ان يرجع على غريمه وهو الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر وان صدقه وان جحد الآمر قبض الطالب فاقام المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب قبلت بينته ويكون هذا قضاء على الغائب, هنديه قبيل الفصل الخامس من الباب الثانى من الكفالة.

41 فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع ان هبة الدين لا تصح الا ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار لان الواهب اذا اذن للموهوب بقبض الدين جاز استحسانا وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء, رد محتار.

olmak üzre verdiği mikdara mâlik olur. Nitekim ânifen beyân edildi. Amma iskāt olunan ile rücû' edemez. Nitekim karîben îzâh olunur.

Kefîl, bedel-i sulh-ı mezkûr yerine başka cins mal verse yine bedel-i sulh ile rücû' edebilir. Yoka o cins mal veya kıymetiyle rücû' edemez. Zîra ber-vech-i meşrûh bedel-i sulh yerine başka cins mal vermek kefîl ile dâyin beyninde vâki' olan muâvazadır. Bu muâvazanın kâr ve zararı o muâvazayı meydana getirenlere mahsusdur. Şahs-ı sâlis bulunan dâyin bu muâvazadan ne müntefi' ne de mutazarrır olur. [**yoksa mecmû'-ı deyn ile rücû' edemez.**] Zîra deynin bir mikdarı üzerine sulh olmak bakīsinden ibrâ ve iskātı mutazammın olduğundan, kefîl o bâkiye malik olamaz. *(Dürr-i muhtâr)* Halbuki kefîlin hakk-ı rücû'u asîl zimmetindeki alacağına malik olmasiyle idi. Amma borcun bir miktarı üzerine sulh olmayıp belki cins-i âhar üzerine sulh olsa -borç yüz mecidiye iken on beş altın üzerine sulh olmak gibi- yine mecmû'-ı deyn ile rücû' eder ki bu mes'ele dahi bu maddenin fıkra-i ûlâ ve sâniyesinde dahil ve fıkarât-ı mezkûreden bu mes'ele müstefâd olur.

Kezâ kefîl bi'l-emir, bâki-i deyn kendisine hibe edilmek üzre bir miktarı üzerine dâyin ile sulh olduğunda, yine mecmû'u deyn ile rücû' eder. Nitekim 667. madde şerhinde beyân olunur.

[**Meselâ**] bir şahıs, medyûnun emriyle [**meskûkât-ı halisaya kefîl olup da**] mekfûlün-bihi meskûkât-ı halisa ile te'diye eylese, meskûkât-ı halisa ile rücû' edeceği gibi [**mağşuş akçe ile te'diye etse, asîlden meskûkât-ı hâlisa alır.**] yoksa meskûkât-ı mağşuşa değil.

[**Ve bi'l-aks**] bir şahıs, medyûnun emriyle [**mağşuş sikkeye kefîl olup da**] mekfûlün-bihi mağşuş sikke ile te'diye etse, asîlden mağşuş sikke alacağı gibi [**meskûkât-ı hâlisa ile te'diye eylese, asîlden mağşuşe sikke alır.**] Yoksa müeddâ olan meskûkât-ı hâlisa değil.

Şu iki misâl, bu maddenin fıkra-i ûlâsının misâlleridir.

[**Kezalik**], bir şahıs medyûnun emriyle [**şu kadar kuruşa kefîl olup da sulhan**] mekîlât ve mevzûnât gibi misliyyâtdan ve yahut hayvan, akar ve metâ' gibi kıyemiyyâtdan [**bâzı eşya**]-yı ma'lûme [**i'tâsiyle tediye eylese, asîlden kefîl olduğu mikdar akçeyi alır.**] Yoksa müeddâ olan eşya bedeli değil. Zîra bu takdirde sulh, mübâdele olduğu ve bu mübâdeleden hasıl olan kâr veya zarar mübâdeleyi icrâ eden kefîl ile medyûna ait bulunduğu cihetle, bu mübâdele ile kefîl, asîl zimmetindeki deyne malik olarak küll-i deyn ile rücû' eder.

Bu misâl şu maddenin fıkra-i ûlâsının ayrıca misâli olduğu gibi şerhan "ve borcun bir mikdarı üzerine sulh olmayıp ......İlâ âhirihi" diye ilave edilen fıkraya dahi misâl olur.

[**Amma**] bir şahıs medyûnun emriyle [**bin kuruşa kefîl olup da, sulhan beş yüz kuruş ile te'diye eylese, asîlden beş yüz kuruş alır.**] Yoksa tekmil bin kuruş alamaz.

Şu misal "amma borcun bir miktarı ....İlâ âhirihi" fıkrasının misâlidir.

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneden bin kuruş taleb ve diğer bir şahıs meblağ-ı mezkûre bi'l-emir kefâlet ederek meblağ-ı mezkûrü te'diye etdikden sonra, dâyin ile medyûn "medyûnda dâyinin asla alacağı olmadığına" tesâduk etseler o kimse, kefîlden aldığı parayı o kimesneye redd ve o kimesne dahi meblağ-ı mezkûrü kefîle iâde eyler. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî fi'l-fasli'r-rabi')*

2. Mes'ele: Bir kimse, müşteri zimmetindeki semen-i mebî'a müşterî-i merkūmun emriyle kefîl olmakla, semen-i mezkûrü hasbe'l-kefâle bâyi'a te'diye ve müşteri mebî'ı kabz etdikden sonra, kefîl gāib iken müşteri yedinden bi'l-istihkāk zabt olunduğunda nazar olunur: Kefîl, semen-i mezkûr ile müşteriye rücû' etmiş ise, müşteri dahi bâyi'a rücû' eder. Henüz rücû' etmemiş ise, kefîl hazır oluncaya kadar müşteri bâyi'a rücû' edemez. Kefîl hazır olduğunda, kefîl-i merkūm muhayyerdir: Verdiğini dilerse bâyi'den, dilerse müşteriden alır. Müşteriden alır ise o da bâyi'a rücû' eder. Amma bâyi'den alır ise bâyi' müşteriye rücû' edemez. Zîra bâyi'in müşteriden bir alacağı kalmadı. Birinden tazmîni ihtiyar ettikden sonra da artık diğerine tazmîn ettiremez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'r-râbi')*

3. Mes'ele: Bir kimse, müşteri zimmetindeki semen-i mebî'a müşterinin emriyle kefîl olmakla, hasbe'l-kefâle semen-i mezkûrü bâyi'a te'diye ettikden sonra mebî', kable'l-kabz bâyi' yedinde telef olduğunda, müşteri semen-i mezkûr ile bâyi'a rücû' eder; kefîl, müşteriye gerek rücû' etmiş olsun ve gerek olmasın.

Amma mebî' kable'l-kabz yed-i bâyi'de telef olmayıp belki müşteri mebî'de ayb-ı kadim bulmakla, bi-kazâ veya bi-gayri kazâ, yahut hıyâr-ı ru'yet veya hıyâr-ı şart ile redd eylese müşteri semen ile bâyi'a rücû' eder.[42]

4. Mes'ele: Kefîl bi'l-emr edâ-yı deyn ettikden sonra asîle rücû' edecek olduğunda, asîl, deyn-i mezkûr rüşvet, veya kumar, veya lâşe, veya hür olan ben-i âdem parası idi. Binâenaleyh kefâlet bâtıldır diye, tâlib gāib iken kefîlden iddiâ ve ikāme-i beyyine edecek olsa kabûl olunmaz. Mekfûlün-bihin kefîle te'diyesiyle asîle emrolunur. Mekfûlün-leh hazır olduğunda, mekfûlün-bih rüşvet veya emsali yâni deyn-i gayr-i sahîh olduğunu ikrâr ederse, hem asîl hem de kefîl berî olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sâlis mine'l-kefâle)*

5. Mes'ele: 719. maddede beyân olunduğu üzre mekfûlün-anhın kefîle rehin vermesi câizdir. Rehn-i mezkûr kefîl yedinde telef olduğunda, kefîlin mekfûlün-anha rücû' edeceği malı -o mal eğer kâfi ise- kefîl istîfa etmiş sayılır. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâlet)*

6. Mes'ele: Bir kimse rehinli bir deyne, medyûnun emriyle kefîl olarak te'diye ettikden sonra rehn-i mezkûr dâyin yedinde telef olmakla deyn sâkıt olsa, kefîl asîle rücû' ve o dahi verdiğini dâyinden istirdâd eyler.

---

42 ولا سبيل للكفيل عليه, هنديه من المحل المزبور.

Nitekim bir kimse, müşterinin emriyle semen-i mebî'a kefîl olarak onu bâyi'a te'diye etikden sonra, mebî' kable'l-kabz bâyi' yedinde telef olmakla semen sâkıt olduğunda, kefîl, müşteriye rücû' ve o da kefîle verdiği semenle bâyi'a mürâca'at eyler. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)*

7. Mes'ele: Bir kimsenin diğer kimesneye olan borcuna biri kefîl olduktan sonra dâyin, deyn-i mezkûre mukābil, evvelen asîl veya kefîlin birisinden ve ba'dehü diğerinden dahi rehin alsa da bu ikinci rehin mürtehin yedinde telef olsa, kıymeti deyne vefâ ettiği sûretde, nısf-ı deyn sâkıt olur. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)*

658. MADDE

[**Akd-i mu'âvaza**] -bey'-i sahîh, bey'-i fasid, icâre, kısmet gibi ukūd- [**zımnında bir kimse birini aldatmış olsa, zararına zâmin olur.**]

İstisna: Fakat akd-i muâvazadan şüf'a müstesnadır. Diğer bir ta'bîrle şüf'ada tağrîr mûcib-i zamân değildir. Çünkü müşteri meşfû'u şefî'a teslîme mecbur bulunmuş ve şefî' onu cebren ahzeylemiş olduğundan, müşteri tarafından şefî' aldatılmış olmaz. Meselâ bir kimse bi'ş-şüf'a bir arsayı müşteriden ba'de'l-ahz anda bina inşa ettikden sonra, bir şahıs tarafından mezkûr arsa bi'l-istihkāk zabt edilse, o kimse binanın kıymetini müşteriden alamaz. *(Ebussūd fi'ş-şuf'a)*

Bey'den misâl: [**Meselâ bir kimse**] diğer kimesneden, bu kimesnenin mülkü zannıyla, yâni müstahıkkın mülkü olduğunu bilmeyerek [**bir arsa iştirâ edip de üzerine bina yapıldıktan sonra**] mezkûr arsaya bir [**müstahıkk çıkıp da**] ba'de'l-isbât ve'l-hüküm ve'l-hilf [**zabtolunsa, müşteri, bâyi'**] -o kimesne- [**den**] velev ki bâyi' vasıyyü'l-yetim olsun [**arsanın kıymetini**] yâni bâyi'a verdiği semeni [**aldıkdan başka**] binayı bâyi'a teslîm ederek mezkûr [**binanın hîn-i teslîmindeki**] mebniyyen [**kıymetini dahi alır.**] *(Tenkîh fi'l-istihkāk)* Bayi' vasıyyü'l-yetim ise, binanın kıymeti yetimin malından lâzım gelir.

Bu misâlde iki şeyle rücû' beyân olunuyor:

Birincisi: Kıymeti ile rücû'; bundan maksad, şerhan izah olunduğu üzre, bedel-i mebî'dir. Yâni müşterinin bâyi'ine vermiş olduğu semendir. Bu hakk-ı rücû'un sebebi şudur: Akd-i mutlak 336. madde mûcebince mebî'in ayıbdan selâmetini îcâb etmekle mebî' en büyük ayıb olan istahkāk ile zabt olunca müşteri bedel-i mebî'i ber-vech-i mezkûr bâyi'a tazmîn ettirir. *(Redd-i muhtâr fi'l-murâbaha ve't-tevliye)*

İkincisi: Binanın hîn-i teslîmindeki kıymetiyle rücû; bunu ber-vech-i âtî izah edeceğiz:

Mecelle'nin şu misâlinden metnen ve şerhan müstenbit olan ve buna müteferri' bulunan bâzı ahkâm:

Hükm-i evvel: *Mecelle*'deki "hîn-i teslîmindeki kıymetini" ibâresinden münfehim olacağı üzre kıymet-i binanın bâyi'den alınması için mezkûr binanın bâyi'a kāimen teslîm edilmesi lâzımdır. Bu vechile mezkûr bina, müşteri tarafından bâyi'a teslîm olunduğunda bâyi' onu bi'l-hedm enkazını kendi için alır. Hatta bina bâyi'a teslîm olunmaz ise, müşteri bâyi'den onun kıymetini taleb edemez. *(Redd-i muhtâr fi'l-murâbaha ve't-tevliye)*

Meselâ müşteri, arsa-i müşterâda bina yaptıkdan sonra birisi arsayı bi'l-istihkāk zabt etse de henüz mezkûr bina bâyi'a teslîm olunmadan muhterık olsa, müşteri bâyi'den o binanın kıymetini alamaz.

Nitekim, bâyi' kaybolup, müşteri binanın kal'ına icbâr olunduğunda o da kal' ile arsayı müstahıkka redde mecbur olsa, sonra bâyi' geldiğinde müşteri bâyi'a binanın kıymetiyle değil; yalnız semen-i mebî' ile mürâca'at eder.

Kezâ, müşteri binanın hedmine ber-vech-i muharrer mecbur olup, bâzısını hedm ettiği halde, bâzısı kāim iken bâyi' hazır olduğunda kāim olan kısmını bâyi'a teslîm ile, yalnız o kısmın kāimen kıymetini bâyi'den alır. Bâyi' dahi o kısım binayı bi'l-hedm enkazını kendisi için alır.

Fakat, müşteri dilerse binasını hedm ederek enkazını alır. Bu halde o binanın kıymetiyle bâyi'a mürâca'at edemez. *(Vâkı'ât)*

Bundan anlaşılır ki binanın bâyi'a iâdesiyle, onun kıymetinin dahi müşteri canibinden alınmak kā'idesi müşterinin nef' ve fâidesi için vaz' olunmuşdur. Bundan bâyi'in istîfâdesi yoktur. Binâenaleyh, müşteri binanın iâdesine razı olmaz ise, bâyi' her halde binayı alacağım diyemez.

Bu takdirde bâyi' gāib olmakla müşteri "Gāib olan bâyi' gelinceye kadar bina hedm edilmesin. Hatta binayı, geldiğinde bâyi'a teslîm ile kâimen kıymetini alayım." dese, ınde'l-İmâm-i'l- A'zam, müşterinin bu sözüne iltîfât olunmaz. *(Vâkı'ât]*

Bu îzâhât İmam-ı A'zam ve Ebû Yusuf rahımehümallahü Te'âlâ'ya göredir. İmam Muhammet rahımehüllahü Te'âlâ'ya göre bâyi' gāib olunca hâkim, emîni vasıtasiyle binanın kâimen kıymetini takdir ettirdikden sonra müşteriye "Hedm ederek enkazını bi'l-muhafaza bâyi' geldiğinde, enkazını ona teslîm eder ve kāimen kıymetini alırsın." der. Bu sûretde müşteri binayı bi'l-hedm ve'l-muhafaza enkazını teslîm eylese, mebnîyyen kıymetini bâyi'ine tazammun ettirir; amma enkazını teslîm edemez ise müşteri, bâyi'a zarar ile rücû' edemez. *(Vâkı'ât)*[43]

---

43 وذكر فى الخانية عن ظاهر الرواية انه لا يرجع عليه الاذا سلمه البناء قائما فهدمه البايع ثم قال والاول اقرب الى النظر انه يرجع بعدما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبايع غائب ثم سلم نقضه الى البايع, رد محتار فى الاستحقاق بتغير ما.

Hulâsa; müşteri arsada bina inşa veya ağaç gars ettikden sonra arsa bi'l-istihkāk zabt olunduğunda bâyi'a hakk-ı mürâca'atı olan zarar, ancak o bina, veya garsın nakz edilerek, bâyi'ine taslimi mümkün olan şeyin kıymetinden ibârettir. Bu sûrette kireç ve çamurun ve hafr ettiği kuyunun ve temizlediği lağımın mesârifiyle rücû' edemez. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr fi'l-istihkāk)*

Hükm-i sânî: Misâlde "üzerine binâ yaptıkdan sonra" deniliyor. Binadan maksûd, müşteri kendi malından yaptığı binâdır. Bu sûrette o arsa üzerine, derûnunda mevcud enkazıyla binâ yapsa, binânın kıymetiyle bâyi'ine rücû' edemeyeceği gibi, o enkaz ile yaparken meselâ dülgerlere verdiği yevmiye ve nafaka ile dahi rücû' eyleyemez. *(Redd-i muhtâr fi'l-istihkāk)*

Hükmi sâlis: Şerhan işâret olunduğu vechile "müstahıkk çıkıp da zabt olunsa" ibâresinden maksad, yalnız arsaya müstahıkk çıkıp da binâya müstahıkk çıkmasa demektir. Amma binâya dahi müstahıkk zuhur ederek, mezkûr binâyı dahi zabt eylese, müşteri binânın kıymetiyle bâyi'ine rücû' edemez.[44]

Hükm-i râbi': Kezâlik şerhan zikrolunduğu vechile, binânın kıymetinden maksûd mebnîyyen kıymettir; yoksa maklû'an kıymet değildir.

Hükm-i hâmis: *Mecelle*'de misâlin binâdan getirilmesi eşcârdan ihtirâz için değildir. Eşcârda dahi hüküm ber-vech-i meşrûhdur.

Meselâ müşteri, iştirâ ettiği arsada ağaçlar dikerek nâbit oldukdan sonra, arsaya bir müstahıkk zuhur ve zabt etse, müşteri ağaçları kāimen bâyi'a bi't-teslîm, kezâ kāimen kıymetlerini alır. Fakat bâyi' gāib olmakla ağaçların kāimen teslîmi gayr-i mümkün ve müşteri dahi müstahıkkın icbâriyle kal' ve hedme mecbur olsa, bâyi'a yalnız semen-i mebî' ile mürâca'at eder; eşcârın kāimen kıymetleriyle değil. Eşcârın kal'ı arza muzır olunca müstahık muhayyerdir: Dilerse eşcârı bi'l-kal' noksan-ı arzı dahi tazammun ettirir. Ve ister ise eşcârın maklû'an kıymetlerini verip temellük eder. Bu takdirde noksan arzı taleb edemez[45*].

Bâyi' hazır olduğunda, müşteri ona yalnız semen-i mebî' ile rücû' eder. Eşcârın kıymeti veya zâmin olduğu noksan-ı arzla rücû' edemez. *(Vâkı'ât)*

Hükm-i sâdis: *Mecelle*'de "arsa zabt edilse" denilmesinden müstefâd olur ki, bir kimse meselâ bir değirmen satın alıp, bir müddet isti'mal ve intifâ' ettikden sonra bir müsta-

---

44 Meselâ müstahıkk, arsa kendisinin olduğu gibi binâyı dahi kendisinin emriyle ve kendisinin parasıyla müşteriye yaptırdığını iddia ve isbât ederek, hem arsayı hem de binâyı zabt etse, müşteri yalnız semen-i mebî' ile bâyi'ine rücû' eder; binânın kıymetiyle değil.

45 قال فى رد المحتار فى باب الاستحقاق اى يقوم مبنيا فيرجع بقيمته لا مقلوعا والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما* يأتى فلا يرجع بما انفق من طين ونحوه كما يعلم مما يأتى انتهى.

hıkk çıksa da değirmeni zapdetse, mütahıkk ol vechile ancak değirmenini alabilir; yoksa bir müddet değirmenden intifâ' etmekle galleyi alamaz.[46]

Hükm-i sâbi': *Mecelle* misâlinde mezkûr olduğu üzre, müşteri bâyi'a ber-vech-i meşrûh rücû' edebilir. Amma mezbur bâyi', kendi bâyi'ine rücû' edebilir mi? İmâm-ı A'zam rahimehüllahü Te'âlâ'ya göre, bâyi' kendi bâyi'ine yalnız arsanın semeniyle rücû' edebilir. Yoksa binânın kıymetiyle rücû' edemez. Amma İmameyn rahimehümallahü Te'âlâ'ya göre, hem arsanın semeni ve hem de binânın kıymeti ile rücû' edebilir. *(Redd-i muhtâr fî-mâ zükira ânifen)*

Hükm-i sâmin: *Mecelle*'de "hîn-i teslîmindeki kıymet" deniliyor. Bu sûrette, müşteri mezkûr binâyı bi'l-inşa bir müddet sakin olmakla, bâzı cihâtı münhedim olarak kıymetine noksan gelse, bâyi' yevm-i teslîmindeki kıymeti verir; yoksa hîn-i binâsındaki kıymeti değil. Bilakis binânın hîn-i binâsındaki kıymeti az iken muahharan tezâyüd eylese, yine yevm-i teslîmdeki kıymeti lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr fi'l-mahalli'l-mezkûr)*

Hükm-i tâsi': Bâyi', "Bu arsayı binâsiyle satmış idim; binâenaleyh binânın kıymetiyle ayrıca hakk-ı rücû'un yoktur ve müşteri, ben binâ ettim; binâenaleyh binânın kıymetiyle dahi hakk-ı rücû'um vardır." diye ihtilaf ettiklerinde söz bâyi'indir. Zîra bâyi' hakk-ı rücû'u münkirdir. *(Redd-i muhtâr)*[47]

Bey'den ikinci misâl: [**Kezâlik bir kimse ehl-i sûka, "İşbu sağir oğluma mal satınız; ona ticâret için izin verdim." dese ve ba'dehü ol çocuk başkasının**] çocuğu [**olduğu meydana çıksa, ehl-i sûk ol çocuğa satmış olduğu malın akçesini ol kimseden mutâlebe eder.**] Zîra, evvelce vâki' olan izin, hîn-i akd-i bey'de dahi mevcud olur. (5. ve 10. maddelere bak.)

Bu ikinci misâlden anlaşılıyor ki, bu babdaki zamânda iki şart vardır: Birisi gārr -aldatan adam- ın sağîr çocuğu nefsine bi'l-izâfe "oğluma" demesi ve diğeri dahi onunla mübaya'a etmeleriyle ehl-i sûka emreylemesidir. *(Redd-i muhtâr fi'l-murâbaha)*

İcâreden birinci misâl; bir kimse kendi mülkü olmak üzre hayvanını âhar kimesneye îcâr edip de mezkûr hayvan müste'cir yedinde telef oldukdan sonra bir müstahıkk çıkıp, kıymetini gāsıbü'l-gāsıb menzilinde olduğundan dolayı müste'cirden aldıkda, müste'cir dahi bedel-i zamân ile o kimseye rücû' eder. *(Hamevî fi'l-kefâle ve'l-havâle).*

---

46 لانه ليس من اجزاء المبيع بل من كسبه وفعله, واقعات فى الاستحقاق .

47 سئل فيما اذا كان لزيد دار حارية فى ملكه فاجرها من عمرو مدة معلومة باجرة معلومة اذن له بصرف بعض الاجرة فى ترميم الدار المزبورة وقبض منه الباقى وصرف عمرو ما اذن له بصرفه وسكن الدار ومات زيد فى اثناء المدة عن ورثة وتركة وله عتيق اثبت بالوجه الشرعى ان زيدا كان وهبه الدار قبل ايجار زيد لها من عمرو وقبل اذن له فى صرف بعض الاجرة كما ذكر ويريد عمرو الرجوع فى التركة المزبورة بالباقى له من مصرفه ومما قبضه منه زيد بعد ثبوت كل ذلك بالوجه الشرعى فهل له ذلك الجواب نعم ... اقول يخالف هذا ما مر فى اواخر كتاب الوقف عن فتاوى الصدر الشهيد عند الكلام على استدانة الناظر من ان الموجر اذا ظهر انه لا ولاية له فى الوقف كان المستأجر متطوعا فيما انفقه باذن الموجر فتأمل, تنقيح فى الكفالة.

İcâreden ikinci misâl; bir kimse şu duvarda bir kapı açmak üzre, diğer bir kimesneyi bi'l-istîcâr orada kapı açtıkdan sonra mezkûr duvar gayrin olduğu zâhir olsa, o kimesne 918. madde vechile mezkûr duvarı zâmin olur. O dahi bedel-i zamân ile o kimseye rücû' eder.

İcâreden üçüncü misâl; değirmenci, berâ-yı tahn kendisine buğday getiren kimesneye, buğdayı kovaya koy demesiyle o kimesne dahi koysa ve kova delik olduğunu değirmenci bildiği halde, o kimesneyi haberdar etmediği cihetle buğdayı suya dökülse, değirmenci buğdayın mislini zâmin olur.

Amma hibe ve sadaka gibi akd-i teberru' zımnında bir kimse birini aldatmış olsa, zararına zâmin olmaz. Zîra akd-i teberru'da vasf-ı selâmet müstahak olamaz. *(Ebussuud fi'l-hibe)* Nitekim ber-vech-i âtî izah olunur.

Misalden istinbât olunan ahkâm, bâlâda izah olundu. Şimdi dahi nefs-i maddeden istinbât olunan ahkâmı izah edelim.

Bu maddeden müstenbit hüküm:

Bu maddede akd-i muâvaza denilmiş ve mukābili akd-i teberru' bulunmuşdur. Akd-i teberru' iki kısımdır:

Kısm-ı evvel: Nef'i kābıza ait olan akid teberru'dur. Hibe, sadaka, âriyet gibi. Bu kısım akd-i teberru' zımnında bir kimse birini aldatmış olsa, zararına zâmin olmaz. Zîra, akd-i teberru'da vasf-ı selâmet müstahak olamaz. *(Ebussuud fi'l-hibe)* Meselâ mevhûbün-leh, mâl-ı mevhûbu kabzettikden sonra yedinde telef olup, ba'dehü bir mütahıkk çıkarak mevhûbun-lehe tazmîn ettirse, mevhûbun-leh vâhibe rücû' edemez. *(Hidâye ve Kenz fi'l-hibe)* Meğer ki, vâhib mevhubun selametini mevhubün-lehe zâmin olsun. Nitekim 861. madde şerhinde izah olunur.

Kezâlik, bir kimse, malını diğer kimesneye bi'l-iâre, o kimesne yedinde telef oldukdan sonra, bir şahıs tarafından o mal bi'l-istihkāk zabt olunarak o kimesneye tazmîn ettirilse, o kimesne zâmin olduğu şey ile o kimseye rücû' edemez. *(Eşbâh fi'l-kefâle ve'l-havâle)* [48] Kısm-ı sânî: Nef'i dâfi'a âid olan akid teberru'dur. Vedî'a ve mâl-ı mudârabe ve mâl-ı şirket gibi. Bu kısım akd-i teberru' zımnında bir kimse birini aldatmış olsa, yine zararına zâmin olur. Şu halde akd-i muâvaza tâbiri buna nazaran ihtirâzî değildir. Meselâ bir kimse, kendi mülkü olmak üzre, bir malı diğer kimesneye bi'l-îdâ', mezkûr vedî'a o kimesne yedinde helâk oldukdan sonra bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, vedî' gāsıbü'l-gāsıb menzilinde olmakla,

---

48 وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره احدا لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل, زيلعى فى المحل المزبور.

müstahık vedî'anın bedelini müstevdi'a tazmîn ettirse, müstevdi' -vedî'- dahi zâmin olduğu şeyle mûdia rücû' eder.[49]

Kısmetten misâl; kısmette tağrîrin mûcib-i rücû' olduğunu Redd-i muhtâr, Kitâb-ı Kısmet'de zikreylemişdir. Meselâ *Mecelle*'nin 1128. maddesinde zikrolunduğu üzre, müteaddid konaklar, dükkânlar ve çiftlikler muhtelifü'l-cins olmakla, bunlarda kısmet-i kazâ cârî olamayıp kısmet-i mezkûre rızâ olacağından, müşterek iki arsadan biri müteşâriklerden Zeyd'e ve diğeri öbür hissedâr Amr'a i'tâ ve bi'r-rızâ taksim eyleyerek, Zeyd kendi hissesinde binâ yaptıkdan sonra, o arsa bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, Zeyd, binânın nısfını, müşâriki olan Amr'a teslîm ile nısf-ı mezkûrün vakt-i teslîmdeki mebnîyyen kıymetini Amr'a tazmîn ettirir.

Amma bir arsa, bir konak, bir dükkân ve bir çiftlik gibi müttehıdü'l-cins olup da 1133. madde hükmünce anda kısmet-i kazâ cârî olunca bu kısmetde tağrîr, mûcib-i zamân değildir. Meselâ Zeyd ile Amr arasında bir kıt'a arsa müşterek olup da, ba'de't-taksîm, Zeyd kendisine isâbet eden kısım üzerine kendi için binâ yaptıkdan sonra bir müstahıkk çıkıp da alsa, Zeyd o binânın nısfını Amr'a teslîm ederek zararını tazmîn ettiremez. *(Redd-i muhtâr fi'l-kısmet ve Nükūl-i Behce kubeyle's-selem)*

Fark şudur ki evvelki kısmette cebr câiz olmaz. Amma ikincisinde câizdir.

Gārrın, yâni aldananın, sıfat-ı selâmeti zâmin olması mûcib-i rücû'dur. Meselâ bir kimse diğer kimesneye "Filan yoldan git, tarîk emindir. Mahûf olup da malın alınırsa zâminim." demekle, o kimesne mezkûr yoldan azîmetle malı alınsa, o kimesne zâmin olur. (82. maddeye bak.) Bu vechile zamân-ı gurûrda mekfûlün-anhın ma'lum olması şart değildir.

Amma gārr sıfat-ı selâmeti zâmin olmaz ise mûcib-i rücû' değildir. Meselâ "Filan yoldan git, tarîk emindir." dese ve "Malın alınır ise ben zâminim." cümlesini ilave etmese de o kimesne mezkûr yoldan giderek malı alınsa, o kimseye zamân lâzım gelmez. Hatta o kimse kendisine zamân lâzımdır zu'mıyla zâmin olmuş ise verdiğini istirdâd eder. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr fi'l-kefâlet)*

49 لانه غره بان الوديعة ملكى, حموى فى المحل المزبور.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE

BÂB-I SÂLİS

Kefâletden berâet hakkında olup üç faslı hâvîdir.

Bu bâbdaki mesâil-i mühimmenin hulâsaları ber-vech-i âtî derc olunur.

Hulâsa-i Bâb-i Sâlis

Kefâletden berâet

1- Mekfûlün-bih asîl veya kefîl tarafından mekfûlün-lehe teslîm olunduğunda,

2- Mekfûlün-leh kefîli ibrâ veya kefîlde hakkı olmadığını ikrâr etse, kefîl kefâletten berî olur. Fakat kefîlin berâetinden asîlin berâeti lâzım gelmez.[1] Asîlin berâetinden kefîlin berâeti lâzım gelir.[2] Çünkü, asıl sâkıt olursa Fer' de sâkıt olur.

3- Kefâlet bi'n-nefsden berâet, evvelen;mekfûlün-lehin kefîli ibrâsiyle hasıl olur.

Sâniyen; mekfûlün-bihin tâlibe teslîmi ile hasıl olur. Mekân-ı teslim, mu'ayyen ise mu'ayyen olan yerdir; değil ise muhasama mümkün olan yerdir.

Sâlisen; mekfûlün-bih veya kefîlin vefâtiyle hasıl olur. Mekfûlün-lehin vefâtı kefâleti ibtâl eylemez. Ve vereseden veya vasîlerden yalnız birine teslîm, diğerin hakk-ı mutâlebesini iskāt eylemez.

4- Kefâlet bi'l-mâldan berâet:

Evvelen: Dâyinin vefâtı üzerine medyûnun munhasıran ona vâris olmasiyle hâsıl olur.

---

1 Müstesnâ: 1- Kefîl deyni te'diye ile berâet eylese asîl berî olur.

Müstesnâ: 2- Kefîl mekfûlün-lehi birine havâle ile berâet eylese asîl berî olur.

2 Müstesna: Asîl, deyni olmadığına yemin etse kefîl mutâleb olur.

Sâniyen: Dâyinin vefâtı üzerine kefîlin munhasıran ona vâris olmasiyle âsıl olur.

Sâlisen: Kefîlin mekfûlün-lehi ihâle[3] etmesi ve mekfûlün-leh ile muhâlün-aleyhin işbu ihâleyi kabûl eylemesiyle hâsıl olur.

Râbian: Semen-i mebî'a kefîl olup da mebî'in fesh veya bi'l-istihkāk zabt veya hıyâr-ı ayb ile redd olunması üzerine kefîl, kefâlet-i mâliyeden berî olur. Çünkü akd-i vâki'in semeni mülzim olmadığı anlaşıldı.

Hâmisen: Müddet-i mu'ayyene zarfında ki, akd-i icârenin bedelini tekeffül eden kimse, müddet-i mezkûrenin hitâmında kefâletden halâs olur.

FASL-I EVVEL

[*Bazı zavâbit-ı umumiyye beyânındadır.*]

Bu fasılda kefâlet bi'l-mâl ve kefâlet bi'n-nefs gibi her nev'- kefâletde cârî olan berâeden bahs ve âtî'z-zikr fasıllarda birer nev'- kefâletlerden berâet beyân olunuyor. Binâenaleyh, bu faslın ünvânında "zavâbıt-ı umumiyye" denilmişdir.

659. MADDE

[**Mekfûlün-bih**] ister nefis, ister mal, ister teslîm olsun [**gerek asîl ve gerek kefîl**] ve gerek kefîlü'l-kefîl [**tarafından mekfûlün-lehe teslîm ve îfâ olunduğunda**] asîl, [**kefîl**] ve kefîlü'l-kefîl [**kefâletden berî olur.**] *(Tenvir ve Dürr-i muhtâr)* Çünkü hakk-ı vâhidin iki kişiden ayrı ayrı istîfâ olunamayacağı 1651. maddede mezkûrdür.

Bu madde pek mücmel ve mefhûmunun anlaşılması bâzı tafsîlâta muhtac olmakla, ber-vech-i âtî îzâhına mübaderet olunur:

Mekfûlün-bih nefis, mal, teslîm olmak cihetiyle üç kısım olduğu gibi, mekfûlün-bihin asîl veya kefîl tarafından îfâ ve teslîmi hasebiyle dahi iki kısım hâsıl ve yekdiğere darbiyle bu maddeden altı hüküm zâhir olur.

Hükm-i evvel: Nefis olan mekfûlün-bih, asîl tarafından mekfûlün-lehe teslîm olunduğunda, yâni asîl kendi nefsini mekfûlün-lehe kendisi teslîm ettiğinde kefîl, kefâlet-i nefsiyyeden berî olur; eğer hîn-i teslîmde nefsini kefîlden dolayı, veya bi-hükmi'l-kefâle ve kefîl bi'n-nefis müteaddid olduğu halde filanın kefâletinden dolayı teslîm ettiğini beyân

---

3 İhâle kaydı ihtirâzî değildir; çünkü:
Evvelen; bir kimse mâl-ı mekfûlün-bihi teberru'an kendi üzerine havâleten alsa, hem asîl hem de kefîl berî olur.
Sâniyen; asîl, mekfûlün-lehi birinin üzerine havâle etse, hem asîl hem de kefîl berî olur.

eder ise. Zîra kefâlet bi'n-nefsden maksat ol vechile teslîmden ibârettir. Teslim-i mezkûr hâsıl olunca kefâlet dahi nihâyet bulur, ve illa berî olmaz. Nitekim 651. maddede "yahut mekfûlün-bih cihet-i kefâletden dolayı nefsini teslîm eyler ise" fıkrasının işâretiyle bu kaydın lüzumu istihrâc olunur. Hatta mekfûlün-bih yalnızca mekfûlün-lehe mülâkî olarak mekfûlün-leh mekfûlün-bihle beraber akşama kadar dolaşsa, madem ki nefsini kefîlden dolayı veya bi-hükmi'l-kefâle teslîm ettiğini beyân etmedi, kefîl kefâletden berî olmaz.

Bu takdirde kefîlin berâeti kefâlet-i nefsiyye mekfûlün-bihin emriyle vukū' bulduğu sûrettedir. Amma kefâlet-i nefsiyye mekfûlün-bihin emri vâki' olmaksızın vâki' olmuş ise mekfûlün-bih, nefsini mekfûlün-lehe teslîm eylemesiyle kefîl kefâletden berî olmaz. Zîra kefâlet onun emriyle olmadığı takdirde kefîle -kendisini mekfûlün-lehe teslîm etmek gayr-i lâzım ve teslîm ile gayr-i mutâleb olduğundan nefsini teslîm ile kefîl berî olmaz. *(Nehir ve Redd-i muhtâr)*

Böyle bilâ-emir olan kefâlet-i nefsiyyede kefîl, nefs-i mekfûlün-bihi mekfûlün-lehe teslîme icbâr edemez. Nitekim 642. madde şerhinde işâret olunmuştur. Belki teslîmi mücâz olan yerde rast getirip teslîm eylemesi lâzım gelir.[4]

Hükm-i sânî: Nefis olan mekfûlün-bih kefîl tarafından mekfûlün-lehe teslîm olunduğunda, kefîl kefâlet-i nefsiyyeden berî olur. Burada mücmelen zikrolunan bu hüküm 663. ve 665. maddeler ile tafsîl ve îzâh olunmakla tekrara hacet görülemedi.

Hükm-i sâlis: Mal olan mekfûlün-bih asîl tarafından mekfûlün-lehe îfâ olunduğunda, asîl berî olduğu gibi kefîl dahi kefâletden berî olur. Artık bir defa daha mâl-ı mekfûlün-bih kefîlden alınamaz. Nitekim 634. madde şerhinde beyân olundu. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Îfâü'l-asîl, deyni nakden vermek, borcu mukābilinde mal satmak, mekfûlün-leh tarafından asîl üzerine havâle-i mukayyede icrâ edilmekden ibâret bulunan üç sûretle olur:

Bey'a misâl; asîl deyni mukābilinde mekfûlün-lehe bir mal bey' etse, asîl berî olduğu gibi, kefîl dahi kefâlet-i mâliyeden berî olur. Nitekim asîl mekfûlün-lehe meblağ-ı mu'ayyen mukābilinde mal satıp da semen-i mebî', deyn cinsinden olmakla, semen-i mezkûr deyn ile takas vâki' olsa, asîl berî olduğu gibi kefîl dahi berî olur. *(Ali Efendi)*

Fakat asîl, deyni mukābilinde mekfûlün-lehe mal sattığı takdirde mezkûr mal, mekfûlün-leh yedinden bi'l-istihkāk zabt olunsa, yahut hıyâr-ı ayb ve hükm-i hâkim ile asîle redd edilse, kefîlin kefâlet-i mâliyesi avdet eder; kefîl yine mutâleb olur. Amma bey', ikā-

---

4 و عليه فلا يأثم بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما ذا كان بامره وكذا قولهم له منعه من السفر انما هو اذا كانت بامره افاده فى البحر, رد محتار.

le veya hıyâr-ı ayb ile hüküm-i hâkimsiz reddedilse, kefîlin kefâleti avdet etmez. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sâdis ve Hindiyye kubeyle'l-babi's-sâlis ve Feyzıyye fîmâ yaka'u bihi'l-berâet ve mâ lâ)* (196. madde şerhine bakınız.)

Bey' bi'l-vefâda dahi hüküm böyledir; tâbir-i diğerle bey' bi'l-vefâ feshedilse kefâlet avdet etmez. Nitekim Feyziyye'de "Zeyd'in Amr zimmetinde olan şu kadar akçe hakkına Bekir kefîl oldukdan sonra, Amr mülk dükkânı meblağ-ı mezkûr mukâbelesinde vefâen Zeyd'e ba'de'l-bey' ve't-teslîm, Zeyd ve Amr fesh-i akd ederek dükkânı Amr zabteylese, Zeyd kefâlet-i merkūmeye binâen Bekir'den hiçbir şey almağa kādir olamaz." diye mezkûrdür.

Havâleye misâl; 690. maddede beyân olunduğu üzre mekfûlün-leh asîl üzerine havâle-i mukayyede ile dâyinini havâle ettiğinde, artık mekfûlün-lehin mutâlebesinden asîl halas olduğu gibi kefîl dahi bi'l-külliyye berî olur; muhâlün-leh kefîli muâheze edemez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî mine'l-havâle)*

Lâkin âtî'l-beyân mes'elede asîl berî olduğu halde, kefîl berî olmaz: Bir kimse "Filan kimesnenin filan şahsa olan bin kuruş borcuna kefîlim." dediğinde o kimesne meblağ-ı mezkûrü kable'l-kefâle edâ eylediğini ikâme-i beyyine ile isbât ettiğinde, asîl berî olduğu halde kefîl berî olmaz. Ba'de'l-kefâle îfâ ettiğini isbât ettiğinde ikisi de berî olur.[5]

Bu hükm-i sâlis vechile mal olan mekfûlün-bih asîl tarafından mekfûlün-lehe edâ olunduğunda, asîl berî olduğu gibi kefîl dahi berî olur. Lâkin bir deynin nısfına bir kefîl, nısf-ı âharına diğer kefîl bulunup da, asîl nısfını te'diye ettiğinde, hangi kefîldan dolayı te'diye ettiğini beyân eder ise yalnız ona mahsûb edebilir.[6] Bir şey söylemez ise ikisine de mahsûb edebilir.[7] Kefâlet gerek ma'an, gerek müteferrikan olsun; ve deyn gerek sebeb-i vâhidden ve gerek esbâb-ı müteaddideden mütevellid bulunsun.

Kezâ yalnız bir nısfına yalnız bir kefîl bulunup da, asîl, bir mikdarı te'diye ederek, kefîlin kefâletinden dolayı te'diye ettiğini beyân eyler ise sözü kabûl ve ona mahsûb edebilir. *(Hindiyye, fi'l-babi'r-râbi'' mine'l-kefâle ve Ankaravî fî mesâile şettâ mine'l-kefâle.)*

Amma bir kimse,nısfı mu'accel ve nısf-ı diğeri mü'eccel olarak bin kuruşla medyûn olup da, her bir nısfına müstakillen birer şahıs kefîl oldukdan sonra asîl, hâlen olan beş yüzü te'diye ettiği halde bir şey söylemese hâlen kefîl olana mahsûb edebilir. Fakat asîl mü'eccelen medyûn olan kefîlden dolayı te'diye ettiğini söyler ise sözü kabûl olunur. *(Hindiyye fi'l-babi'r-râbi' mine'l-kefâle)*

---

5 لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل وبالاثبات تبين ان لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره اى لان البينة قامت على الاداء قبل الكفالة علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين, رد محتار.

6 لانه جعل فعله لاحد ما يحتمله فيقع عنه فصدق فيه.

7 لانه به يندفع الترجيح بلا مرجح.

Hükm-i râbi': Mal olan mekfûlün-bih kefîl tarafından mekfûlün-lehe nakden veya mal satmakla yahut havâle-i mukayyede ile îfâ olunduğunda kefîl kefâletden berî olur.

Hatta bir kimse diğer kimesneden "Zimmetinde şu kadar kuruş alacağım var." diye dâvâ ettiğinde, o kimesne meblağ-ı mezkûre "Filan şahıs kefîl ve zâmin olmakla sen meblağ-ı mezkûrü bi-hükmi'l-kefâle o şahısdan ahz etmişidin." diye dâvâ ve müddeâsını isbât eylese, o kimseyi def' etmiş olur. *(Mecmua-i cedîde)*

Mal satmakla îfâya misâl, mekfûlün-leh alacağı mukābilinde kefîlden mal satın alsa sahîh ve kefîl kefâlet-i mâliyeden berî olur. *(Redd-i muhtâr)*

Hükm-i hâmis: Teslîmden ibâret bulunan mekfûlün-bih, asîl tarafından îfâ olunduğunda kefîl berî olur. Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin şahs-ı âhar yedindeki vedî'anın o kimesneye teslîmine kefîl oldukdan sonra, şahs-ı merkūm mezkûr vedî'ayı kendiliğinden o kimesneye teslîm eylese o kimse berî olur.

Hükm-i sâdis: Teslîm olan mekfûlün-bih kefîl tarafından îfâ olunduğunda kefîl berî olur; asîl berî olduğu gibi. (641. maddeye ve şerhine bakınız.)

Nitekim tâlib, alacağını kefîl veya mekfûlün-anha hibe etmesi, yahut tâlib vefât edip, kefîl veya mekfûlün-anhden birinin ona hasran vâris olması, berâetde edâ-yı mal gibidir. Nitekim 667. madde ve şerhinde ve mâdde-i mezkûre şerhindeki birinci mes'elede beyân olunur. *(Bezzâziyye)*

660. MADDE

[**Mekfûlün-leh kefîli ibrâ ettim, veyahut kefîl tarafında hakkım yoktur, dese**] yalnız [**kefîl**] kefâletden [**beri olur**]. Mekfûlün-leh, artık ondan mutâlebe edemez. Mekfûlün-lehin bu ibrâdan nedâmeti faidesizdir; kefâlet, gerek nefsiyye, gerek mâliyye, gerek teslîmiyye olsun. (1561. maddeye bakınız.) *(Hindiyye ve Ali Efendi)*

Bundaki ibrâdan maksûd, ibrâ-yı iskātdır; ibrâ-yı istîfâ değildir. Zîra ibrâ-yı istîfâ, kefîlden mekfûlün-bihi istîfâ ettiğini beyândan ibâret ve bu ise 659. maddede dahildir.

Yâni kefîl mekfûlün-bihi dâyine te'diye ettiğinde, kefîl berâet-i istîfâ ile berî olur. İbrânın bu vechile iki kısma münkasim olduğu 1535. maddede mezkûrdür.

Kefîl, ibrâyı redd etse bile merdûd olmaz. (1568. maddeye bakınız.) Zîra ibrâ, kefîl hakkında iskāt-ı mahzdır; temlik değildir. Çünkü, kefîl zimmetinde sâbit olan yalnız mutâlebeden ibârettir. Bu vechile iskāt-ı mahz olanın reddi mümkün olmaz. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'nin 1568. maddesi şerhinde îzâh olunacağı üzre, ibrâ üç kısma münkasimdir:

Kısm-ı evvel: Kabûle tevakkuf etmediği gibi redd ile dahi merdûd olmaz; işte bu maddedeki ibrâ bu kabildendir.

Kısm-ı sânî: Kabûle tevakkuf etmez; fakat redd ile merdûd olur. Deynden ibrâ gibi. Zîra deyn, zeman-ı hâl i'tibâriyle mal olmayıp vasf-ı şer'îden ibâret olduğu cihetle bu i'tibâr ile deynden ibrâ, müberrâ ve maskat ile tamam olacağından kabûle hacet yokdur. İşte, ibrânın kabûle tevakkuf etmemesi bundan ileri gelir. Deyn, akıbet-i kabz i'tibâriyle mal ve bu i'tibârla deynin medyûna temlikini mutazammın olur. Bey' ve hibe gibi temlikâtda îcâb redd olunduğu takdirde merdûd olduğu gibi, ibrâ dahi redd ile merdûd olur. İşte ibrânın reddiyle merdûd olması bundan neş'et ediyor.

Kısm-ı sâlis: Kabûle tevakkuf eder. Bu kısım dahi akdin infisâhını mûcib olan ibrâdır. Bedel-i sırf ve re's-i mâl-ı selemden ibrâ gibi. Akd tarafeynin hakkıdır. Binâenaleyh yalnız bir tarafın feshi -ibrâsı- ile münfesih olmayacağı cihetle, bu kısım ibrâ kabûle tevakkuf eder. İmdi bu ibrâ îcâb ve kabûle mevkūf olmakla, mücerred îcâb ile ibrâ vâki' olmayacağı gibi, ba'de'l-îcâb diğer taraf îcâbı redd etse yine merdûd olur.

Kefîl, bu vechile yâni ibrâ-yı iskāt ile ibrâ olunduğunda, mekfûlün-bih deyn olduğu takdirde asîle rücû' edemez; velev ki kefâlet bi'l-emir olsun. Zîra bu ibrâ ile asıl deynden berî ve müstefid olmaz. Nitekim madde-i âtiyede beyân olunuyor. *(Redd-i muhtâr)* Amma ibrâ-yı istîfâ ile ibrâ olunduğunda kefâlet eğer bi'l-emir ise kefîl asîle rücû' eder.

Lâkin mekfûlün-leh, deyn olan mal-ı mekfûlün-bihi kefîle hibe veya tasadduk ettiğinde kefîlin kabûlüne mütevakkıfdır. Kabûl ettiği takdirde kefîl yine berî olur; fakat kefâlet bi'l-emir ise, asîle rücû' eder. İşte kefîle hibe veya tasaddukun hükmü muhteliftir. Amma asîli ibrâ ile asîle hibe, veya tasaddukun hükmü muhtelif olmadığı 662. madde şerhinde beyân olunur. *(Nüzhe ale'l-Eşbâh)*

Şu maddenin hükmünden iki mes'ele müstesnadır:

Birinci mes'ele: Bir kimse, diğer kimesnenin nefsine kefîl oldukdan sonra mekfûlün-leh, "Mekfûlün-bih tarafında hakkım yoktur." dese, bununla kefîl kefâlet-i nefsiyyeden berî olmaz. Meğer ki mekfûlün-leh "Mekfûlün-bih tarafında ne doğrudan doğruya ve ne de velâyet, vekâlet ve vesayetden dolayı asla hakkım yokdur." desin; o halde kefîl berî olur. *(Bezzâziyye fî evveli'l-kefâle)*

İkinci mes'ele: Bir kimse nükūd-ı mevkūfeye kefîl oldukdan sonra mütevellîsi kefîli kefâletden ihrâc ettiğinde nazar olunur. Eğer mütevellî kendisi kefîl almış ise, ibrâ ve ihrâcı tarafeyne göre sahîh ve mütevelli mâl-ı vakfı zâmin olur. Amma başka mütevelli kefîl almış olduğu halde, mütevellî-i merkūm tevliyetden hurûc veya vefât ederek muahharan o kimse mütevellî olsa da ba'dehü kefîl-i merkūmu kefâletden ihrâc eylese ihrâcı sahîh olmaz. *(Ali Efendi kubeyle nev'in âhar fi'l-kefâleti'l-muvakkate)*

Lâhıka, kefâletden berâetin şarta taʻlîkına dâirdir:

Kefâlet bi'l-maldan berâetin, şarta taʻlîkı sahîh olup olmadığında ihtilaf olunmuştur. Bâzı fukahâ ale'l-ıtlak sıhhatine ve bazı fukahâ ale'l-ıtlak adem-i sıhhâtîne, ve bâzı fukaha da şart-ı mülayime taʻlîkın sıhhâtîne, ve şart-ı gayr-i mülayime taʻlîkın adem-i sıhhâtîne kâil olmuşlardır. (82. madde şerhine bak.)

Kavl-i sâlis-i mezkûre göre, yarın olur ise, veya filan adam hânesine girer ise seni kefâletden ibrâ ettim diye vukūʻ bulan taʻlîk bâtıldır. Amma bin kuruş deynden sekiz yüz kuruşunu ber-vech-i peşin verir, veya bin kuruş mü'eccel mekfûlün-bihin sekiz yüz kuruşu ber-vech-i peşin te'diye eyler ise mütebâkīsinden ibrâ ettim diye taʻlîk sahîh olur. ***(Dürr-i muhtâr ve Mülteka ve şerhuhüma)***[8]

661. MADDE

[**Kefîlin berâetinden**] yâni mekfûlün-leh kefîli gerek kefâletden ve gerek zimmet-i kefîldeki hakdan berâet-i ıskāt ile ibrâ etmesinden [**asîlin berâeti lâzım gelmez.**] Gerek min külli vech ve gerek min vech-i asîl olsun. Belki yalnız kefîl berî ve asîl yine deynile mutâleb olur. Zîra Ferʻin sükūtuyla asîlin sükūtu lâzım gelmez. Asıl far'a tabi' değildir. 668. maddenin fıkra-i sâniyesi bu maddenden teferruʻ eder.

Min külli vech asîle misâl: Bir kimsenin diğer kimesnedeki alacağına bir şahıs kefîl oldukdan sonra, o kimse meblağ-ı mezkûrden o şahsı ibrâ eylese, yalnız şahs-ı merkūm berî olur. O kimse meblağ-ı mezkûrü o kimesneden istîfâ eyler. ***(Behce ve Redd-i muhtâr)***

İstisna: Kefîl, deyni te'diye veya mekfûlün-lehi birinin üzerine havâle ile berâet eylemesinden asîlin dahi berâeti lâzım geleceği 544. ve 659. maddeler şerhleriyle 669. maddede beyân olunduğundan, kefîlin bu iki vechile berâeti bu maddeden müstesnadır. ***(Redd-i muhtâr)*** Diğer bir taʻbîrle bu iki tarik ile kefîlin berâetinden asîlin berâeti lâzım gelir.

Min vechin asîle misâl: Bir deynin başka başka olarak kefîl olmuş müteaddid kefîlleri, yek-diğerin zimmetine dahi bade'l-kefâle, tâlib, bu kefîllerden birisini ibrâ eylese, cemî'-ı deyn ile diğer kefîle mürâcaʻat hakkı bâkīdir; bu ibrâ ile diğer kefil berî olmaz. Zîra ibrâ olunan kefîl, ibrâ olunmayan asîl hükmünde olmakla, bu maddenin hükmü bu mes'elede dahi cârîdir. ***(Redd-i muhtâr)***

---

8 اما تعليق البرائة من الكفالة بالنفس على وجوه فى وجه تصح البرائة ويبطل الشرط كما اذا ابرأ الطالب الكفيل على ان يعطيه الكفيل عشرة دراهم وفى وجه يصحان كما اذا كان كفيلا بالمال ايضا وشرط الطالب عليه ان يدفع المال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفى وجه يبطلان كما اذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس ان يدفع اليه المال ويرجع به على المطلوب, رد محتار.

662. MADDE

[**Asilin**] kefâlet bi'l-malda deyni te'diye veyahut tâlibin, deyn-i mekfûlün-bihden kendisini ibrâ veyahut asîl cihetinde aslâ hakkı olmadığını beyân veya deyn-i mekfûlün-bihi kendisine hibe ile, ve kefâlet bi'n-nefsde, şahs-ı mekfûlün-bih -asîl- kendi nefsini kefâletden dolayı tâlibe teslîm ile [**berâeti kefîlin**] ve kefîlü'l-kefîlin ve kezâlik müteaddid kefîller var ise gerek ma'an ve gerek ayrı ayrı kefîl olmuş olsunlar, bunların cümlesinin dahi [**berâetini mûcib olur.**] Zîra aslın sükūtu, Fer'in sükūtunu istilzâm eder. (50. maddeye bak.) (*Hidâye ve Fetâvâ-yı İbn-i Nüceym*) 666. ve 667. maddeler ile 668. maddenin fıkra-i ûlâsı bu maddeden teferru' eyler.

Hatta bir kimse, diğer kimesnenin bir şahsa olan borcuna kefîl olup da o kimesne şahs-ı mezbura "Filan kimse sana olan borcuma kefîl oldu. Ondan almak üzre, beni ibrâ ederek aradan çıkar." demesiyle o şahıs o kimesneyi ibrâ eylese, kefîl dahi berî olur; zira asîlin berâetinden kefîlin berâeti lâzım gelir. İşte bu, bir hile olup, muhafaza-i hak için, bilinmesi herkes üzerine lâzımdır. (*Hindiyye fî mesâi-i şetta mine'l-kefâle*)

Fakat tâlibin asîli deynden ibrâ veya deyni ona hibe etmesiyle kefîlin dahi berî olması kefâlet-i mâliyededir; (*Eşbah*) yoksa kefâlet-i nefsiyyede değil. Zîra, meselâ tâlib, mekfûlün-bih tarafında hakkı olmadığını ikrâr ettikden sonra dahi hasbe'l-velâye bir hak taleb edebileceğinden, mekfûlün-bihi ihzâra hakkı vardır; (*Redd-i muhtâr ve mislihi fi'l-Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis mine'l-kefâle*)

Meğer ki mekfûlün-leh "Asîlde benim hiçbir hakkım olmadığı gibi müvekkilimin ve vasîsi olduğum yetimin ve mütevellisi olduğum vakfın dahi asîlde hiçbir hakkı yoktur." diye ibrâ etsin. Bu sûretle olan ibrâ ile asîl, kefâlet-i nefsiyyeden berî olduğu gibi kefîl dahi berî olur. (660. madde şerhine bakınız.)

Bu maddeyi iki misâl ile îzâh edelim:

Evvelen: Bir kimsenin diğer kimesnedeki bin kuruş alacağına bir şahıs kefîl oldukdan sonra o kimesne meblağ-ı mezkûrü o kimseye te'diye eylese, o kimesne deynden berâet edeceği gibi o şahıs dahi berâet eder. Nitekim 659. ve 663. maddelerde beyân olunmuştur.

Sâniyen: O kimse mezkûr alacağından o kimesneyi ibrâ ettiğinde, o kimesne berâet edeceği gibi, o şahıs dahi berâet eder.

Bu madde hükmünden şu mesâil müstesnadır:

1. Mes'ele: Asîlin asla deyni olmadığına yemin etmesi yahut deyni var ise de kable'l-kefâle te'diye ettiğine ikāme-i beyyine eylemesi ile berâeti, kefîlin berâetini mûcib olmaz. (659. madde şerhine bakınız.) Meselâ bir kimse bilâ-emir "Filan kimesnenin filan şahsa olan bin kuruş borcuna kefîlim." dedikten sonra o şahıs, o kimesneden meblağ-ı mezkûrü taleb

ve dâvâ ettiğinde, o kimse kendisinin o şahsa asla borcu olmadığını beyân edip de şahs-ı mezbur isbât edememekle, o kimesne yemin edince mezkûr bin kuruştan o kimesne berî olur. Fakat o kimse ikrâr-ı sabıkı ise muâheze ve mutâlebe olunur.[9]

"Bilâ-emir" denildi. Zîra o kimesne "Benim filan şahsa olan bin kuruş borcuma kefîl ol." diye o kimseye emir ettiğinde, borcu ikrâr etmiş olacağından, ondan sonra borcum yoktur, veya kable'l-kefâle te'diye ettim, demesi mu'teber ve mesmû' değildir. *(Redd-i muhtâr)*

2. Mes'ele: Misâl-i mezkûrde o kimesne kendisinin o şahsa bin kuruş borcu var idi ise de ol kimse kefîl olmazdan evvel te'diye eylediğini iddia ve isbât ettiğinde, o kimesne berî olur ise de o kimse berî olmaz.[10]

"Kable'l-kefâle" denildi. Zîra o kimesne bade'l-kefâle te'diye ettiğine ikāme-i beyyine eylese, hem asîl hem de kefîl berî olurlar. *(Redd-i muhtâr)* (87. maddeye bak.)

3. Mes'ele: Bu madde vechile asîlin berâetinden kefîlin berâeti lâzım gelmesi, kefîl "bi-şart-ı berâeti'l-asîl" kefîl olmadığı takdirdedir. Amma mezkûr şartla kefîl olursa, asîl berî olduğu halde kefîl berî olmaz. Zîra bu, havâledir. (648. maddeye bak.) *(Redd-i muhtâr)*

Bu maddede tâlib, asîli deynden ibrâ, veya deyni ona hibe ettiğinde asîl gibi kefîlin dahi berî olacağı beyân olunmuştur.

Fakat bu hükm-i asîl, tâlibin ibrâsını veya hibesini redd etmediği takdirdedir. Asilin; ibrâ veya hibeyi kable'r-redd vefâtı kabûl hükmündedir. Amma asîl hibeyi redd ettiğinde 1568. maddeye mebnî hibe merdûd olarak asîl deynden berî olmaz.

Nitekim asîl ibrâyı redd ettiğinde kezâlik 1568. maddeye mebnî ibrâ merdûd olarak asîl deynden berî olmaz. Fakat bu takdirde kefîlin berî olup olmayacağında ihtalaf-ı fukahâ vâki' olmuştur. Bâzılar kefîl beridir; asîlin ibrâyı redd etmesinin kefîl hakkında te'siri olmadığına, yâni kefîl berâet edeceğine kāil, ve bâzılar asîl gibi kefîlin dahi adem-i berâetine zahib olmuşlardır. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sâdis ve Mecma'u'l-enhur ve Redd-i muhtâr)* müctehid fi'l-mesâil bulunan fahru'l-milleti ve'd-dîn Kādıhân bir mevzide yalnız kavl-i evveli zikr ile iktîfâ eylemiştir.

Mâlum olmalıdır ki asîl vefât ettikden sonra, tâlib alacağından asîli ibrâ veya alacağını ona hibe ettiğinde İmam-ı sânî "İmam Ebi Yusuf" ibrânın, veya hibenin, hakk-ı kabûl ve reddi asîlin veresesinde ait olduğuna ve İmam-ı sâlis "İmam Muhammed" dahi veresenin hakk-ı redde malik olmadıklarından ibrâ veya hibenin nâfiz olduğuna zahib olmuşlardır. *(Redd-i muhtâr)*

---

9 لان الحلف يفيد برائة الحالف فحسب, رد محتار.

10 لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل, رد محتار.

FASL-I SÂNÎ

[Kefâlet bi'n-nefsden berâet hakkındadır.]

Bu faslın icmali: Kefâlet bi'n-nefsden berâet üç şeyin biriyle hâsıl olur.

Birincisi: Mekfûlün-lehin kefîli ibrâ etmesi. (460. madde.)

İkincisi: Mekfûlün-bihi tâlibe teslîm etmesi. (Madde-i âtiye ve 659. madde.)

Üçüncüsü: Mekfûlün-bihin, veya kefîlin vefât etmesi. (666. madde.) (*Hindiyye fi'l-babi's-sânî*)

663. MADDE

Evvelen; [**Kefîl**] yahut kefîlü'l-kefîl, sâniyen; kefîlin vekili, sâlisen; kefîlin resulü, [**mekfûlün-bihi şehir ve kasaba gibi muhâsama mümkün olan yerde**][11] [**mekfûlün-lehe**] bir defa [**teslîm etdikde, mekfûlün-leh gerek kabûl etsin ve gerek kabûl etmesin**] ve vakt-i kefâletde "Mekfûlün-bihi teslîm ettiğimde kefâletden beriyim." sözünü ister söylemiş olsun ister olmasın [**kefîl**] ve kefîlü'l-kefîl [**kefâletden berî olur.**] Meğer ki kefâletde tekrar teslîmi îcâb eden elfâz bulunsun. Nitekim 636. maddenin üçüncü misâli şerhinde îzâh olunmuştur.

Mekfûlün-bihin teslîmi, mekfûlün-lehin bilâ-mani' mekfûlün-bihi kabzedebilecek hâle getirerek "Diler isen kabzet ister isen salıver." demekle hâsıl olur.

Fıkra-i âtiyeye mukābil mezkûr olmasından dahi müstefâd olur ki, bu maddenin şu fıkrasını bir mahall-i mu'ayyende teslîmi şart edilmeksizin ale'l-ıtlak vâki' olan kefâlet hakkındadır. Bu sûretle olan kefâletde ihtilaf olunmuştur. İmam-ı A'zam rahımehüllahü Te'âlâ'ya göre mahall-i kefâlet olan şehir ve kasabada teslîmi şart değildir; muhâsama mümkün olan diğer kasabada dahi teslîm câizdir. Amma İmameyn rahımehüma'llahü Te'âlâ'ya göre mahall-i teslîmin mahall-i kefâlet olan şehir ve kasaba olması şarttır. *Mecelle*'nin İmam-ı A'zam kavlini kabûl ettiği, ıtlâkından anlaşılır. (*Redd-i muhtâr*)

Mecelle'de "... muhâsama mümkün olan..." denildi. Zîra köy ve mefâze -kır- gibi muhâsama mümkün olmayan, velhâsıl hâkim bulunmayan yerde teslîm ile, kefîl kefâletden berî olmaz.

Bu madde vechile teslîm vukū' bulduğunda, mekfûlün-leh kabûl etmese bile kefîl kefâletden berî olur. Zîra mekfûlün-leh kabûl etmekde hükmen kābız addolunur. Gāsıb ayn-ı mağsûbu redd ettiği halde mağsubun-minh kabûl etmese ve medyûn deyni dâyinine ver-

11 Bu yer inde'l-İmâmi'l-a'zam gerek akd-i kefâlet vuku' bulan mahal ve gerek başka mevzi' olsun.

diği halde dâyini kabzeylemese hükmen kābız addolundukları gibi. [**Fakat, bir belde-i mu'ayyenede teslîmi şart edilmiş ise**] 82. madde hükmünce orada teslîmi lâzım gelir. Yoksa o belde gibi hâkim bulunan [**başka beldede**], meselâ İstanbul'da teslîm şart edilmiş iken Çatalca'da [**teslîm ile kefâletden berî olmaz.**] *(Hidâye ve Mecma'u'l-enhur)*

Amma bir kasaba ve şehirde kefîl olduğu halde mezkûr yahut başka kasaba ve şehirde teslîm edilmesi şart kılınmayınca, ânifen beyân olunduğu üzre İmameyn hazerâtına göre akd-i kefâlet vukū' bulduğu kasaba veya şehirde teslîm olunmak lâzım gelir. Başka kasaba veya şehirde teslîm edilmek mu'teber olmaz. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye)* Fakat, ınde'l-İmami'l-A'zam başka kasaba ve şehirde dahi teslîm mu'teber olur. *Mecelle*'nin fıkra-i ânifesi ale'l-ıtlâk mezkûr olmakla, İmam-ı müşarun ileyhin kavli kabûl edilmiştir.[12]

[**Ve**] filan beldedeki [**meclis-i hâkimde teslîm etmek üzre kefîl oldukda**], meclis-i mezkûrde teslîm etmesi lâzım gelir. Hakim-i mûmâileyhin bulunduğu beldede vâki' [**sokak**] veya çarşı [**da teslîm ile**] kefîl [**kefâletden berî olmaz.**] Zîra galebe-i fısk mülabesesiyle nâs medyûna meclis-i hâkime huzurdan imtinâ'da muâvenet eylediklerinden, bu şart müfîd olur. *(Redd-i muhtâr)*

[**Fakat**] meclis-i hâkimde teslîmi şart eylemiş iken, mekfûlün-bih hâkim-i mûmâileyhin, veya onun bulunduğu belde zâbit ve âmirinin hapsinde mahbûs olduğu halde teslîm ettiğinde -mekfûlün-bih merkūmu gerek mekfûlün-leh gerek başkası habs ettirmiş olsun- kefîl kefâletden berî olacağı gibi [**zâbit huzurunda teslîm etse**] yine [**beri olur.**] Nitekim vali huzurunda teslîmi meşrût iken hâkim huzurunda teslîm eylese, bilâkis hâkim huzurunda teslîmi şart etmiş iken vali huzurunda teslîm eylese berî olur.

Amma bu sûretde mekfûlün-bih, başka belde hâkiminin hapsinde mahbûs iken teslîm etse sahîh olmaz. *(Dürr-i muhtâr)*

Bir de filan hâkim huzurunda teslîm etmek üzre kefîl oldukdan sonra hâkim-i mûmâileyh infisâl etmekle, halefi huzurunda teslîm eylese kefîl kefâletden berî olur. *(Hindiyye)*

Kezâlik filan vali huzurunda teslîm etmek üzre kefîl oldukdan sonra, vali-i müşarun-ileyh infisâl etmekle, halefi huzurunda teslîm etse kefîl kefâletden berî olur. *(Bezzâziyye fi's-sâlis)* Müsellim, yâni mekfûlün-anhi mekfûlün-lehe teslîm edende 5 ihtimal vardır.

1- Kefîl, 2 kefîlin vekili, 3 kefîlin resulü, 4 kefîlin başka tarafa gönderdiği resulün, 5 ecnebinin. Bunlar ber-vech-i âtî îzâh olunur.

Vekilin teslîmi: Bu maddedeki kefîl lafzı ihtirâzî değildir. Zîra mekfûlün-bih, kefîlin vekili tarafından bi-hükmi'l-kefâle, veya kefîl cihetinden olarak teslîm ettiğini bi'l-beyân

---

12 وقولهما اوجه كما فى الفتح وقيل انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وبيانه فى الزيلعى ورد محتار.

teslîm eylese, kefîl kefâletden berî olur. Amma bu vechile beyân etmeyerek teslîm etse berî olmaz. *(Tenvir ve şurûhuhu)*

Bu takdirde kefîl müteaddid olduğu halde, vekilin filan adama kefâletinden dolayı teslîm ettiğini beyân eylemesi lâzım gelir. Beyân etmese, kefîl kefâletden berî olmaz. *(Hindiyye fi's-sâlis)*

Resûlün teslîmi: Kefîlin mekfûlün-lehe olan resulünün, mekfûlün-bihi mekfûlün-lehe bi-hükmi'l-kefâle, veya kefîl cihetinden olarak teslîmi ile kefîl kefâletden berî olur.[13]

Amma bu mes'elede dahi resul bi-hükmi'l-kefâle, teslîm ettiğini beyân etmese "kefîl..... ilâ âhirihi" fıkrası hükmü burada dahi cârîdir.

Başka resulün veya ecnebinin teslîmi: Kefîlin, mekfûlün-bihden başkasına olan resulünün[14] veya ecnebinin mekfûlün-bihi mekfûlün-lehe -velev ki bi-hükmi'l-kefâle diyerek- teslîm etmesiyle kefîl kefâletden berî olmaz; meğer ki mekfûlün-leh kabûl etsin. Sükût, kabûl sayılmaz. *(Redd-i muhtâr ve Mecma'u'l-enhur)* (67. maddeye bak.)

> **1. Mes'ele**: Bir kimse medyûnunun nefsine kendisi için kefîl almak üzre diğer bir kimesneyi tevkîl ve o kimesne dahi ol vechile kefîl ahz ettiğinde nazar olunur: Vekil kefâleti eğer kendi nefsine muzâf kılar ise kefîlden mekfûlün-bihi mutâlebe etmek hakkı vekilindir. Hatta bu takdirde kefîl, mekfûlün-bihi vekile teslîm ettiğinde berî olur. Ve eğer müvekkiline muzâf kılar ise, hakk-ı mutâlebe müvekkilindir. Hatta bu sûretde kefîl, mekfûlün-bihi vekile teslîm ettiğinde berî olmaz fakat iki sûretde kefîl mekfûlün-bihi müvekkile teslîm etse, berî olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis)*
>
> **2. Mes'ele**: Birinin nefsine müteaddid kefîller olduğu takdirde nazar olunur: Eğer başka başka kefîl olmuşlar ise, içlerinden birinin mekfûlün-bihi mekfûlün-lehe teslîm ile diğerleri berî olmaz. Ve eğer ma'an kefîl olmuşlar ise, içlerinden birinin teslîmiyle diğerleri dahi berî olur. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)*
>
> **3. Mes'ele**: Kefil bi'n-nefis -Tâlib kendisini kefâletden ibrâ etmek üzre- mekfûlün-bihin tâlibe olan borcunu te'diye eylese, te'diye ve berâet sahîh ve câiz ve kefîl bi'n-nefs kefâletden berî olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis)*

Amma şahs-ı mekfûlün-bih, mekfûlün-lehin kendisindeki matlûbu te'diye etmesiyle, kefîl bi'n-nefis kefâletden berî olmaz; eğer mekfûlün-leh şahs-ı merkûmdan başka bir şey iddia eyliyor ise... *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)* Nitekim 662. madde şerhinde zikrolundu.

---

13 بان دفع المطلوب الى رجل يسلمه الى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل ان الكفيل ارسل معى هذا لاسلمه اليك, رد محتار.

14 Kefîl, bir şahsa mekfûlün-bihi al da tâlibe teslîm etmek üzre filan adama teslîm et deyip, o şahıs dahi onu kendi kendine tâlibe teslîm etmesi gibi.

Fakat kefîl bi'n-nefis kendisini kefâlet-i nefsiyyeden ibrâ etmek üzre bir mal üzerine mekfûlün-leh ile musâlaha ettiğinde, sulh sahîh ve mal lâzım olmaz ise de kefîl berî olur. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)*

LAHİKA:

Hakimin esna,yı da'vâda müdde'â-aleyhden, kefîl bi'n-nefs ahzına dâirdir. Hakim müdde'â-aleyhin nefsine, gerek müdde'înin talebi üzerine ve gerek onun talebi olmaksızın kefîl ahz ettiğinde, bu kefîl müdde'â-aleyhi hâkime, veya hâkimin resulüne teslîm ettiği sûretde berî olur. Amma bu takdirde kefîl, müdde'â aleyhi müdde'îye teslîm eylese, kefîl berî olmaz. Şu kadar var ki hâkim, kefâleti müdde'îye izafet ederse bu takdirde kefîl, müdde'â-aleyhi müdde'îye teslîm eylediği halde berî olur. Ama hâkim teslîm etdikde berî olmaz. (1. mes'eleye bak.)

664. MADDE

[**Tâlibin talebi üzerine mekfûlün-bihi mücerred teslîm ile**] yâni bi-hükmi'l-kefâle teslîm ettim, desin demesin [**kefîl, kefâletden berî olur.**] Zîra kefâlet bi'n-nefsin mûceb ve muktezâsı hâsıl olmuştur. Ve bir defa teslîm ile berî olur; tekrar teslîm ile mutâleb olmaz. Meğer ki kefâletde tekrar teslîmi iktiza eden ibâre bulunsun. (636. madde şerhine bak.)

[**Amma tâlibin talebi olmaksızın**] mekfûlün-bihi [**teslîm ettikde bi-hükmi'l-kefâle**] veya cihet-i kefâletden dolayı [**teslîm ettim demedikçe**] kefîl kefâletden [**berî olmaz.**] *(Dürr-i muhtâr)* Zîra cihet-i uhrâdan teslîm edilmiş olmak ihtimali vardır.

665. MADDE

[**Filan gün teslîm etmek üzre kefîl olup da ol günden evvel**] 663. madde vechile [**teslîm ettikde mekfûlün-leh**] vakit gelmediği cihetle [**kabûl etmese bile kefîl kefâletden berî olur.**] Bir daha mutâlebe olunamaz. Zîra ecel, kefîlin hakkıdır. Mîâdından mukaddem teslîm ile eceli iskāta, kefîl muktedirdir. Nitekim medyûn, deyn-i mü'ecceli kable hulûli'l-ecel edâ ettiğinde dâyin kabzına mecburdur. *(Redd-i muhtâr)*

"Bir aya kadar filanın nefsine kefîlim." diye vukū' bulan kefâletde hüküm minval-ı meşrûh üzredir. Yâni kefîl bir ay tamam olmadan mekfûlün-lehe teslîm ettiğinde, mekfûlün-leh kabûl etmese bile, kefîl kefâletden berî olur.

Kezâ bir kimse, tâlib ne vakit taleb eder ise teslîm etmek üzre birinin nefsine kefîl olup da kable't-taleb teslîm etse, hüküm minval-ı meşrûh üzredir.[15]

15 لان حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت فى الحال, انقروى فى الفصل الخامس.

666. MADDE

[**Mekfûlün-bih fevt oldukda, kefîl kefâletden berî olduğu gibi, kefîlin kefîli var ise**] min vechin, asîl olan kefîl-i evvelin berâetinden kefîlinin dahi berâeti lâzım geleceği cihetle [**o dahi**] kefâletden [**beri olur.**] Zîra mekfûlün-bih vefât ettiğinde artık onu ihzâr etmek kefîl için mümteni' ve kefîl, onu ihzârdan acz-i müstemirr ile âciz olur. Amma kefîl, mekfûlün-bihin mekânını bilmemesi cihetiyle onu ihzâra muktedir olamasa, kefâlet bâtıl olmaz; belki mekânına ilmi lahık oluncaya kadar mutâlebenin tevakkufunu îcab eder.

Lâkin mekfûlün-lehin, mekfûlün-bihdeki hakkı, mekfûlün-bihin vefâtîyle sâkıt olmaz. Müteveffânın terekesine bi'l-mürâca'at istîfâ-yı matlûba hakkı der-kârdır.

[**Kezâlik kefîl**] bi'n-nefis [**fevt olsa,**] artık mekfûlün-bihi teslîme iktidarı sâkıt olduğu cihetle [**kendi kefâletden berî olduğu**] ve vârisi mutâleb olamayacağı [**gibi**] kefîl-i merkūmun [**kefîli var ise o dahi**] kefâletden [**beri olur.**] *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)* Kefîl-i merkūmun terekesinden dahi bir şey lâzım gelmez. Zîra mekfûlün-bih nefis iken bedeline mal vermek câiz olamaz. *(Dürer)* Lâkin kefîl bi'l-mâlın vefâtîyle kefâlet bâtıl olmaz. Terekesine mürâca'at olunacağı 679. maddede musarrahdır. *(Redd-i muhtâr)*

[**Amma mekfûlün-lehin vefâtîyle kefîl kefâletden berî olmayıp**] müteveffânın vasîsi veya [**vârisi**] mekfûlün-bihin ber-vech-i meşrut ihzârını [**mutâlebe eder.**] Bu takdirde kefîl, mekfûlün-bihi vereseden veya vasîlerden yalnız birine teslîm eder ise, diğer vâris veya vasînin hakk-ı mutâlebesi bâki kalır. Onlar dahi ayrıca mekfûlün-bihin kendilerine teslîmini taleb edebilirler. Zîra eğer ki *Mecelle*'nin 1642. maddesi vechile müteveffânın lehine ve aleyhine olan dâvâlarda vereseden yalnız birisi hasım olabilir ise de vâris-i merkūm yalnız kendi hissesini kabzedebilir. Diğer veresenin hisselerini kabza salahiyyeti olamayacağından vereseden birine mekfûlün-bihi teslîm etmekle, diğerlerinin hakk-ı tesellümü sâkıt olmaz. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim bir kimse iki şahıs için bir adamın nefsine kefîl oldukdan sonra, o adamı iki şahısdan yalnız birisine teslîm ettiğinde, yalnız ona olan kefâletden berî olur. Diğer şahıs dahi mekfûlün-bihi getirmesini kefîlden ayrıca mutâlebe edebilir. *(Ankaravî kubeyle'l-fasli's-sâbi')*

FASL-I SÂLİS

[Kefâlet bi'l-maldan berâet hakkındadır.]

667. MADDE

[**Dâyin fevt olup da medyûn ona**] -dâyine- [**munhasıran vâris olsa**] yâni, dâyinin medyûndan başka asla vârisi olmasa, medyûn zimmetindeki deyne dâyin-i merkūm, irsen mâlik olur. Başka mutâlib yâni alacağı taleb edecek kimse kalmamakla medyûn-ı merkūm deynden berî olduğu gibi 662. maddeye mebnî [**kefîl**] dahi [**kefâletden berî olur.**] Hatta bundan sonra medyûn müflisen vefât etse, dâyinin guramâsı kefîli müahaze edemezler. Zîra medyûn, dâyin zimmetinde olana mâlik olduğu cihetle deynden berî olup, asîlin berâeti ise kefîlin dahi berâetini mûcib olur. *(Behce fîma yakau bihi'l-berâet ve fîma la)*

[**Ve eğer dâyinin**] medyûn-ı merkūmdan [**başka vârisi dahi var ise**] medyûn kendi hissesi mikdarında deynden berî olduğu gibi [**kefîl yalnız medyûnun hissesinden berî olup diğer vârisin hissesinden berî olmaz.**]

Meselâ bir kimsenin, oğlunda olan alacağına bir şahıs kefîl olup da o kimse vefât etmekle cümle terekesi hasran vârisi olan merkūm oğluna kalsa, oğlu deynden berî olduğu gibi kefîl dahi kefâletden berî olur.

Eğer o kimsenin ondan başka bir oğlu daha var ise, medyûn nısf-ı deynden berî olduğu gibi kefîl dahi nısf-ı deynden berî olur. Diğer oğlu nısf-ı âharını kefîlden taleb edebilir. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis)*

Kezâ bir kimse, bir kadının zevcinde olan bin kuruş mihrine kefîl oldukdan sonra o kadın, merkūm zevci ile bir biraderini terkle vefât etse, kefîl, müteveffâtın zevcinin hissesinden berî ve yalnız biraderinin hissesini zâmin olur.

Mecelle'de "medyûn vâris olsa" denildi. Kefîlin vâris olması mes'elesi dahi ber-vech-i âtî îzâh olunur: Dâyin vefât edip kefîl ona munhasıran vâris olsa, kefîl her halde berî olur. (646. madde şerhindeki deyn-i müştereke kefâlete dâir olan bahse bakınız.) Bu takdirde, kefâlet asîlin emriyle değil ise asîl dahi berî olur.[16]

Amma kefâlet asîlin emriyle ise, asîl berî olmaz. Kefîle karşı medyûn olup deyn zimmetinde bâki kalır; kefîl ona mürâca'at eder.

---

16 لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثا لورثته ولو ملك الكفيل المال فى حال الحياة بالقضاء او بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وان كانت بغير امره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث, هنديه فى الباب الثانى فى الفصل الثالث.

Nitekim mekfûlün-leh alacağını kefîle -ganî ise- hibe, veya -fakir ise- tasadduk etse de kefîl dahi kabûl eylese sahîh ve kefâletden berî olur. Kefîl, deyn-i mezkûr ile asîle rücû‘ eder; kefâleti eğer emriyle ise... *(Redd-i muhtâr fî târîfi'l-kefâle ve fî mevzıayni âharayni mine'l-kefâle)*

Hatta bir kimse müşteri zimmetindeki semen-i mebî‘a kefîl oldukdan sonra, bâyi‘ semen-i mezburu kefîle hibe etmekle, kefîl dahi müşteriden bi'l-kabz, ba‘dehü müşteri mebî‘da ayb-ı kadim bulmakla mebî‘i bâyi‘a redd eylese, semen-i mebî‘i bâyi‘den istirdâd eder. Ne bâyi‘ ve ne de müşteri kefîlin kabzettiği semene müdâhale edemez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'r-râbi‘)* Ve akd-i kefâlet 848. maddede beyân olunan kabza taslît hükmündedir. *(Redd-i muhtâr)*

668. MADDE

[**Kefîl yahut asîl borcun bir mikdarı üzerine dâyin ile musâlaha ettiklerinde**] bunda dört sûret vardır: 1- [**Eğer ikisinin**] yâni hem asîl, hem de kefîlin 2- [**ya**] hud yalnız [**asîlin**] bedel-i sulhdan ma‘ada borçdan [**berâeti şart edilmiş**] 3-[**yahut hiçbir şart dermeyan edilmemiş ise**] bu üç sûretde [**ikisi**] -asîl ve kefîl- [**dahi**] yalnız bedel-i sulhdan mâ‘ada borçdan [**beri olur.**] muahharan hiçbiri bu sulhdan dönemez. (1552. maddeye bak.) Zîra musâlih bulunan kefîl, yahut asîl, sulhu deynin küllîsine muzâf kılıp, deyn-i mezkûr ise asîl üzerine vâcib olduğu cihetle asîlin bedel-i sulhden mâ‘adasından berâetini îcâb eder ki asîlin berâeti, kefîlin dahi berâetini mûcib olur. *(Dürer)*

Asil bu vechile deynin bir mikdarı üzerine dâyin ile sulh olmasiyle kefîl bi'l-külliyye kefâletden berî olmayıp, belki yalnız bedel-i sulhdan mâadâsından berî ve bedel-i sulh ile mutâleb olur. Bu takdirde tâlib muhayyerdir: Bedel-i sulhu dilerse asîlden, dilerse kefîlden istîfâ eyler. Bedel-i mezkûr herhangisi tarafından te'diye olunur ise 659. maddeye mebnî ikisi de berî olur. Bedel-i sulhdan berâeti te'diye ile olduğu gibi mâadâsından berâeti dahi sulh ile olur.

4-[**Ve eğer yalnız kefîlin berâeti şart edilmiş ise**] bu sulh kısmen fesh-i kefâlet demek olmakla 661. maddeye mebnî [**yalnız kefîl**] bedel-i sulhdan mâadâ borçdan, akd-i sulh sebebiyle [**berî olup**] yoksa asîl berî olmayacağından bu dördüncü sûretde [**tâlib dahi muhayyer olur: Dilerse mecmû‘-ı deynini asîlden ve dilerse bedel-i sulhu kefîlden ve**] bedel-i sulhun mahsûbunu ba‘de'l-icrâ [**bâkīsini asîlden alır.**] Bu dördüncü sûret ânifen zikrolunduğu üzre kısman fesh-i kefâletdir. Yoksa asîl deyni iskāt değildir. Bu sûret-i râbi‘adan maksûd, dâyin bedel-i sulhu kefîl, kefâletden ibrâsı mukābilinde ahz eder demek değil; belki dâyinin kefîlden aldığını asîl deyne bi'l-mahsûb bâkisini asîlden istîfâ eder demektir. Mecmû'-ı deyni asîlden alır ise kefîlden artık bir şey alamaz. Zîra hakkından ziyâde şey almış olur.

Bu sûret-i râbi'ada, kefîl bedel-i sulhu tâlibe te'diye ettiğinde, kefîl-i merkūm artık küll-i deynden berî olur ki bedel-i sulhdan îfâ ile, ve mâadâsından sulh ile berî olmuş olur. Zîra bâzı deyn üzerine sulh olmak bâzı hakkını ahz ve bâzı âhardan ibrâdır. Bu vechile tâlib bâzı hakkını alıp bâzısından ibrâ ettiğinde, kefîlden bi'l-külliyye mutâlebe sâkıt olur. Kefîlin berâeti, asîlin berâetini mûcib olmaz. *(Redd-i muhtâr)* Bu dört sûretde de, kefîl bedel-i sulhu te'diye ettiğinde, kefâleti mekfûlün-anhın emriyle olunca mezkûr bedel-i sulh ile ona rücû' eder. Ve illa rücû' edemez. *(Redd-i muhtâr ve Mecma'u'l-enhur ve Ali Efendi)* (657. maddeye ve şerhine bak.)

Mecelle'de "borcun bir miktarı üzerine........" denildi. Zîra kefîl cins-i âhar üzerine sulh olur ise hükmü 657. maddede mürûr ettiği gibi asîl, borç meselâ yüz mecidiye iken, elli mecidiye üzerine dâyin ile sulh olmayıp cins-i âhar üzerine sulh olsa, kefîl kefâletden berî olur. *(Ankaravî fi'l-fasli's-sâdis)* Zîra asîlin cins-i âhar üzerine sulh ile zimmetinde olan deynini, dâyine mal satarak te'diye etmiş olur; asîlin berâetinden kefîlin berâeti lâzım gelir. Nitekim 659. madde şerhinin hükm-i salisinde beyân ve işâret olundu.

Mecelle'de sulh, mâl-ı mekfûlün-bihden olan sulha tahsîs edildi. Fakat kefîl bi'l-mal mûcib-i kefâlet olan mutâlebeden kendisini ibrâ eylemek üzre bedel-i ma'lûm mukābilinde tâlib ve mekfûlün-leh ile sulh olsa, yalnız kefîl kefâletden berî olur; asîl olmaz. Zîra bu sûretde kefâletden ibrâ, fesh-i kefâletden ibâret olup yoksa asıl deyni iskāt değildir. Bu îfâdenin zâhirine göre bedel-i sulh dahi lâzım gelir. Halbuki kefâlet-i nefsiyye ile kefîl olan kimse, kendisini mûcib-i kefâletden ibrâ eylemek üzre bir mal üzerine mekfûlün-leh ile sulh olduğunda, kavl-i müftâ bihe göre kefâlet bi'n-nefis sâkıt olur ise de, bedel-i sulhun i'tası lâzım gelmez.

Mecelle'de beyân olunan sulh ile, bâlâda şerhan zikredilen sulh arasında fark zâhirdir. Zîra *Mecelle*'deki bedel-i sulh, mekfûlün-bihden bâki kalan maldan ibrâ için olduğu halde şerhdeki bedel-i sulh, yalnız kefâletden ibrâ maksadına ma'tufdur. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

669. MADDE

[**Kefîl mekfûlün-lehi birinin üzerine ihâle edip mekfûlün-leh ve muhâlün-aleyh dahi**] havâleyi [**kabûl etse**] kefîl yalnız kendisinin berâetini şart etmeyerek sûret-i mutlakada icrâ-yı havâle edince [**hem kefîl ve hem de mekfûlün-anh berî olur.**] deynin kefîle hibe veya tasadduk edilmesi mes'eleleri 660. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. Asil dahi berî oldu. Zîra, deyn asîlin olup havâle ise asl-ı deyn ile hâsıl olduğu cihetle ikisinin de berâetini tazammun eder. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâle)* (689. ve 690. maddelere bak.)

Meselâ bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde bulunan semen-i mebî'den alacağına, bir şahıs kefîl olup da kefîl-i merkūm o kimseyi meblağ-ı mezkûr ile bir adam üzerine havâle

ve o kimse ve o adam dahi havâleyi kabûl eylese kefîl -o şahıs- berî olduğu gibi, o kimesne dahi berî olur. Hatta bâyi‘ artık semen-i mezkûrü o kimesneden taleb edemez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli's-sâlis fi'l-kefâle ve kubeyle kitâbi'l-kādî)*

Amma kefîl yalnız kendisinin berâetini şart eylese, yalnız kendisi berî olur; asîl berî olmaz. Şu halde mekfûlün-leh alacağını dilerse asîlden, dilerse muhâlün-aleyhden mutâlebe eder. Muhâlün-aleyhde mâl-ı muhâlün-bih telef olmayınca, tâlib artık kefîlden mutâlebe edemez. *(Hindiyye fi'l-havâle)*

Bu madde vechile havâle, bi'l-icrâ asîl ile beraber kefîl dahi berâet ettiği halde muhâlün-aleyh müflisen vefât ederek muhâlün-bihin ondan istîfâsı kābil olmayınca, deyn asîl üzerine avdet edeceğinden, kefîlin dahi kefâleti avdet eder. Bu takdirde, tâlib alacağını dilerse asîlden, dilerse kefîlden ister. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî mine'l-havâle)*

Mecelle'de "kefîl ihâle edip" kaydı ihtirâzî değildir, çünkü:

Evvelen: Bir kimse mâl-ı mekfûlün-bihi teberru‘an kendi üzerine havâle alsa, hem asîl hem de kefîl berî olur. Fakat havâle-i mezkûre yalnız kefîlin berâeti şartıyla icrâ kılınır ise o halde yalnız kefîl berî olur; asîl berî olmaz. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)*

Sâniyen: Asîl, mekfûlün-lehi birinin üzerine havâle etse, hem asîl hem de kefîl berî olur. (690. maddeye bak.)

Nitekim, mekfûlün-lehe karşı asîl muhâlün-aleyh olsa yine kefîl berî olur. Meselâ tâlib dâyinini asîl -medyûn- üzerine havâle-i mukayyede ile havâle etse, kefîl kefâlet -deyn-i muhîl- den berî olur ve muhâlün-leh asîli mutâlebe eder; çünkü asîl muhâlün-aleyh olur. Yoksa kefîli mutâlebe edemez. Zîra kefîl, ona kefîl olmamıştır.

Meselâ bir kimsenin diğer kimesnedeki bin kuruş alacağına biri kefîl oldukdan sonra o kimse mutlub-ı mezkûrünü almak üzre o kimesne üzerine dâyini olan bir şahsı havâle-i mukayyede ile havâle edip de o kimesne ve o şahıs havâleyi kabûl eyleseler, kefîl muvakkaten kefâletden berî olur. Hatta muhâlün-leh olan şahs-ı merkūm, kefâlet-i sâbıkaya binâen meblağ-ı mezkûrü kefîlden taleb edemez. *(Tenkîh kubeyle'l-kaza)* Nitekim bu takdirde asîl dahi tâlibin mutâlebesinden berî olur. (692. maddeye bak.)

Amma tâlib, kefîl üzerine havâle-i mukayyede ile birini havâle etse, 692. madde hükmünce, kefîl tâlibin mutâlebesinden berî olmuş ve hakk-ı mutâlebe muhâlün-lehe intikāl eylemiş olur.[17]

Bir de müştereken bin kuruş ile medyûn ve yekdiğere kefîl olan iki kimseden biri mekfûlün-lehi meblağ-ı mezkûr ile bir şahıs üzerine havâle edince yalnız muhîl, asâleten ve

---

17 وللطالب ان يطالب المكفول عنه وللكفيل ان يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحواله, هنديه فى الباب الثانى من الحوالة.

kefâleten olan deyninden berî olur. Amma havâle etmeyen kimse, kefâleten olan borcundan berî olur ise de, asâleten olan deyninden berî olmamakla mekfûlün-leh muhayyer kalır. Dilerse bin kuruşu muhâlün-aleyhden ve dilerse beş yüzü ondan ve mütebâkī beş yüzü havâle etmeyenden alır. Havâle etmeyenden, beş yüzden ziyâdesini mutâlebe edemez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sâmin mine'l-havâle)*

670. MADDE

[**Kefîl bi'l-malın**] kable edâi'd-deyn [**vefâtında**] kefâletden berî olmayıp [**mal-ı mekfûlün-bih**] terekesi var ise [**terekesinden mutâlebe**] ve ahz [**olunur.**] Zîra kefâlet-i mâliye, kefâlet-i nefsiyye gibi kefîlin vefâtîyle bâtıl olmaz. Çünkü kefîlin vefâtından sonra dahi hükm-i kefâletin îfâsı mümkündür. Bu vechile dâyin alacağını kefîlin terekesinden bade'l-istîfâ verese, mekfûlün-anha rücû' eder; kefâlet eğer emir ile olur ise. Amma terekesi yok ise veresesi kendi mallarıyla edâ-yı deyne icbâr olunamaz. *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel mine'l-kefâle)* Zîra hiçbir kimse kefâlet ve havâle gibi bir sebeb-i şer'î bulunmadıkça diğerin borcunu îfâ etmesiyle icbâr olunamaz.

Meselâ bir kimse müteveffâdaki alacağını, asla terekesini kabz etmeyen vârisinden mücerred vârisi olmakla, "Malından edâ et!" diye taleb ve cebredemez.

Eğer kefîl, asîlin emriyle deyn-i mü'eccele kefîl olmuş iken vefâtîyle kefîl hakkında ecel bâtıl olmakla, mekfûlün-bih terekesinden istîfâ olunduğunda, verese medyûna rücû' edecek olduklarında ecel hulûl etmeden rücû' edemezler. *(Redd-i muhtâr fi'l-kefâle)*

Birinci kısım, kefâlet bi'd-derek kefâlet bi'l-mal olmakla onda dahi bu maddenin hükmü cârîdir. *(Hindiyye fî mesâile şettâ)*

Kefîl, terekesi garîm olduğu halde vefât ettiğinde, tâlib dilerse kefîlin terekesine garâmeten dahil olup, istîfâ ettiği mikdarın mütebâkisinde asîle, veya vefât etmiş ise terekesine mürâca'at edebilir. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî fi'l-fasli'l-hâmis)*

671. MADDE

[**Semen-i mebî'a**] bir kimse bâyi' için [**kefîl olup da**] evvelen, [**bey' fesh**] ve ikāle [**olunsa**] sâniyen, [**yahut mebî' bi'l-istihkāk zabt**] sâlisen, hıyâr-ı ru'yet, râbi'an, hıyâr-ı şart [**veya**] hut hamisen, hıyâr-ı [**ayb**] yahut sadisen, bey'in fesadı zâhir olması [**ile redd kılınsa**] bu altı sûretde akid, semeni mülzim ve asîl üzerine semen-i mezkûr lâzım olmadığı tahakkuk ettiğinden [**kefîl**] dahi [**kefâletden berî olur.**] Artık bâyi' semen-i mebî'i ne asîlden ne de kefîlden taleb edemez; hıyâr-ı ayb ile redd, gerek hükm-i hâkim ile, gerek hükm-i hâkimsiz olsun.

Sâminen, (Sâbi'an?) 693. madde vechile müşteri zimmetindeki semen-i mebî'den almak üzre bâyi' dâyinini müşteri üzerine havâle edip de mezkûr semene muhâl için bir kimse kefîl oldukdan sonra mebî' bi'l-istihkāk zabt olunsa kefîl yine kefâletden berî olur.

Amma bu sûret-i sâminede mebî' bi'l-istihkāk zabt olunmayıp belki hıyâr-ı ayb, veya hıyâr-ı şart, veya hıyâr-ı ru'yet ile redd olunsa, veya kable't-teslîm mebî' telef olsa, kefîl kefâletden berî olmaz.[18]

672. MADDE

Bir akd sebebiyle lâzım gelen deyne bir kimse kefîl olup da muahharan ol akd fesh edilse, veya münfesih olsa da tecdîd-i akd olunsa, bu akd-i cidîd sebebiyle lâzım gelen deyn ile kefîl-i evvel mutâleb olmaz. Buna mesâil-i adîda teferru' eder.

Evvelen: [**Müddet-i ma'lûme tamamına dek**] bedel-i ma'lûm ile [**bir mal îcâr olunup da tesmiye kılınan**] mezkûr [**bedel-i icâresine bir kimse kefîl oldukda**] ücret gerek mu'accele, gerek mü'eccele olsun kefâlet sahîh ve bedel-i mezkûr ile kefîl mutâleb olur. Zîra ücret 466. madde hükmünce her ne kadar akd-i mutlak ile vâcib olmaz ise de, ücreti müstelzim olan sebeb mevcûd ve ba'de vücudi's-sebeb kefâlet ise sahîh olur.

Fakat [**müddet-i icârenin inkızâsında**] yahud tarafeynin icâreyi fesh ve ikâle etmesinde [**ol kefâlet dahi müntehî olup, ba'dehü ol mal üzerine**] bedel-i ma'lûm tesmiyesiyle [**mücеddeden akd-i icâre olundukda**] sabıkan vukū' bulan [**ol kefâletin buna**] muahharan vukū' bulan akd-i icâreye [**şümulü olmaz.**] *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)* Şüphe yok ki, ikinci akd-i icâre sebebiyle lâzım gelen bedel-i icâreye ayrıca muahharan kefîl olsa yine mutâleb olur.

Sâniyen: Bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde karzdan olan şu kadar akçe hakkına bir şahıs kefîl olup, ba'dehü o kimesne meblağ-ı mezkûrü dâyine edâ ettikden sonra o kimse o kimesneye tekrar şu kadar akçe ikrâz ve teslîm eylese, şahs-ı merkūm kefâlet-i sâbıkaya binâen bu ikinci karzla mutâleb olmaz. *(Feyzıyye)*

---

18 قال فى رد المحتار فى موضع وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البايع ولو رد عليه بعيب بقضاء او بغيره او بخيار رؤية او شرط برئ الكفيل الا ان تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشترى وفى الرد بعيب ونحوه وجد المسقط بعدما تعلق الغريم به فلا يسرى عليه وقال فى موضع آخر لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يد المشترى اورده بعيب ولو بلا قضاء او باقالة او بخيار رؤية او بفساد البيع برئ الكفيل وكذا لو بطل المهر او بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج او ضمن المشترى الثمن لتبرع البايع فاستحق المبيع من يد المشترى بطلت الكفالة ايضا وكذلك الحوالة اما لو رده المشترى بعيب ولو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البايع وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم او ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله او من قبلها لم يبطل الضمان انتهى.

Sâlisen: 494. madde vechile akd-i icâre olunarak, müste'cir bedel-i icâreye kefîl verdiğinde, müste'cir üzerine kaç aylık ücret lâzım gelir ise, kefîl üzerine dahi o kadar aylık lâzım gelir. Diğer bir ta'bîrle, gelecek aylarda icâre mün'akid oldukça, mezkûr ayların tamam ücreti müste'cir üzerine lâzım olduğu gibi kefîl üzerine dahi ücret-i mezkûre lâzım gelir. *(Velvaliciyye)*

Fakat re's-i şehirde, kefîl nefsini kefâletden ihrâc edebilir. Zîra bu vechile olan icârede sebeb-i ücret, her ayda akdin teceddüdüyle teceddüd edeceği cihetle, kefîlin kefâlet-i müstakbeleden rücû'a hakkı vardır. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)* Kefîl nefsini ber-vech-i bâlâ kefâletden ba'de'l-ihrâc işleyen bedel-i icâre kefîl üzerine lâzım gelmez.

Amma bu vechile olan akd-i icâre, kefîl olan kimsenin vefâtîyle kefâlet bâtıl olmaz. Hatta kefîl, ber-vech-i bâlâ kefâletden nefsini ihrâc etmeden vefât ettiği halde ondan sonra dahi müste'cir bir müddet daha me'cûrda sakin olsa, müste'cir üzerine lâzım gelen bedel-i icâre, kefîlin terekesinden istîfâ olunur.[19]

Râbian: Mü'eccel bir deyne bir kimse kefîl oldukdan sonra, ecel hulûl etmekle, dâyin medyûndan alacağının bir mikdarını bi'l-istîfâ, bâkī mikdar üzerine muâmele ve bir mikdar daha ribh zamm ederek tecdid-i deyn ve sened eylese, bu ikinci deyn kefîl-i sabıkdan mutâlebe olunamaz.

Zîra akd-i evvel, fesh-i müdâyene ve tecdid-i akd sebebiyle münfesih olmuşdur. *(Tenkîh fi'l-kefâle)*

Amma evvelki müdâyene fesh edilmeyip mücerred tecdîd-i sened edilmekle iktîfâ olunduğu takdirde, *Fetâvâ-yı Hâmidiyye*'nin zâhir îfâdesine göre, tecdid-i senedle deyn değişmiş olacağından, bununla da müdâyene-i ûlâ münfesih olarak kefîl berâet etmiş olur. Lâkin *Tenkīh* sahibi mücerred tecdîd-i senedle müdâyene-i evvelinin münfesih olacağını kabûl etmiyor. Binâenaleyh, kefîl ke'l-evvel kefâletde bâki kalacağını söyleyor. Zahir olan da budur. Çünkü tecdîd-i sened, tecdîd-i müdâyene değildir; deyn-i sabıkı tevsîkdir.

İdare-i Seniyye tarihi: 18 Muharrem sene 1277
Bi-avnihi ve ihsânihi Te'âla temme'l-kefâle
Ve bi-lutfihi ve keremihi yelîha'l-havâle.

19 وليس للكفيل بالاجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدى فاذا ادى الكفيل كان له ان يرجع بذلك على المستأجر ان كانت الكفالة بامره, هنديه فى المحل المزبور.

Şerh-i Kitabü'l-Havâle

KİTÂB-I RÂBİ'

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله ذى الجلال والفضل والاكرام.
والصلاة والسلام على خير الانام. وعلى اله واصحابه
وانصاره على التمام.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HAVÂLE

KİTÂB-I RÂBİ'

Bismillâhi'r-rahmânirrahîm

Havâle Hakkında Olup Bir Mukaddime İle İki Bâbı Hâvîdir.

Havâlenin meşrû'iyyeti sünnet ve icmâ'-ı ümmet ile sâbit olmuştur. Hadîs-i şerîfde "من احيل على ملى فليتبع" vârid olup, ittibâ' ile emr cevâza delildir. Bu hadîs-i şerîfde vâki' emir, ekserî ulemâveya göre istihbâb içindir. Fakat Ahmed bin Hanbel rahimehü'llâhü Te'âlâ'dan olunan rivâyete nazaran vücûb için ise de, sâhib-i *Bahr*'ın beyânına göre emr-i mezkûr ibâha içindir.[1]

1 فهو دليل جواز نقل الدين شرعا, بحر.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HAVÂLE

MUKADDİME

[Havâleye dair olan ıstılâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.]

Havâle, lugat-ı Arab'da ihâleden isimdir. Nakl-i mutlak ma'nâsına gelir. Yâni, menkūl gerek deyn, gerek ayn olsun. "Havâletü'l-gırâs" ağaç fidanlarını bir mahalden diğer mahalle nakl ma'nâsını ifhâm eder. Istılâh-ı fukahâda madde-i âtiye ma'nâsında müsta'meldir. Bu isti'mâl naklü'l-âmm ile'l-hâss kabîlindendir. *(Feth ve Bahr)*

673. MADDE

[**Havâle deyni**] ve mutâlebeyi [**bir zimmetden**] -muhîlin zimmetinden- [**diğer zimmete**] -muhâlün-aleyhin zimmetine [**nakl**] ve tahvîl [**etmekdir.**] Bu nakilden sonra mezkûr deyn ile mutâlebe olunmak hususu, muhîlden muhâlün-aleyhe intikāl eyler. Yâni deyn ile mutâleb olan kable'l-havâle muhîl iken bade'l-havâle muhâlün-aleyh olur.

İhtilaf-ı meşâyih: Meşâyihin bir tâifesi; havâle, hem nakl-i deyn, hem de nakl-i mutâlebeden ibaret olduğuna kāil olmuşlardır. Bu, İmam Ebu Yusuf'un kavlidir. Bunların delilleri şudur: Muhâlün-leh, ba'de'l-havâle, deyn-i muhâlün-bihi muhîle hibe, veya deyn-i mezkûrden muhîlin zimmetini ibrâ etdiğinde, hibe ve ibrâsı sahîh olmaz. Deyn zimmet-i muhîlde bakī olsa idi hibe ve ibrâsı sahîh olur idi. Bilakis, muhâlün-leh muhâlün-aleyhi deynden ibrâ veya deyni muhâlün-aleyhe hibe ettiğinde ibrâ ve hibesi sahîh olmaz idi. *(Feth ve Bahr ve Redd-i muhtâr)* *Mecelle*'nin bu kavli kabûl ettiğine, gerek bu maddede "deyni bir zimmetden........ilâ âhirihî" tabiri, gerek 670. maddede "muhîl borcundan ...ilâ âhirihî" sözü delâlet eder.

1. Sual: *Mecelle* ne bu kavli, ne de kavl-i âtîyi kabûl etmiyor; üçüncü bir sûreti kabûl eylemişdir. Zîra kavl-i evvel hem nakl-i deyn, hem de nakl-i mutâlebe olduğu gibi, kavl-i âtî dahi yalnız nakl-i mutâlebedir. *Mecelle* ise yalnız nakl-i deyne kāil olarak nakl-i mutâlebeye kāil olmuyor. Çünkü mutâlebeye dair söz yoktur.

Cevab: Bilâ-mutâlebe deynin intikāli, melzûmun bilâ lâzım vücûdunu istilzâm eder; bu ise mümteni'dir. *Mecelle* bu sebebde yalnız zikr-i deyn ile iktifâ eyledi. Zîra deyn zikrolununca mutâlebe dahi zikrolunmuş gibi olur. Binaenaleyh, şerhan "ve mutâlebeyi" ibâresini ilave ettik.

2. Sual: 694. madde vechile emanetden verilmek üzre havâlede nakl-i deyn yokdur. Nitekim "Gasbda vâcib olan redd-i ayn olup kıymet mahlasdır." diyenlere göre dahi hüküm böyledir.

Cevab: Havâle bi'l-vedî'a hakikaten vekâletdir.

3. Sual: Bi-gayr-i izni'l-muhîl vâki' olan havâlede nakl-i deyn yokdur. Halbuki mezkûr havâle sahîhdir.

Cevab: Bi-gayr-i izni'l-muhîl havâle, min külli vechin havâle değildir. Zîra havâle muhîlin fi'iliyle hasıl olan ihaleden ibâret olup, bunda ise bu ma'nâ müntefîdir. Belki bunda havâlenin bir şatrı (cüzü) vardır ki o da lüzûm ale'l-muhtâldan ibâretdir. Amma medyûndan, deynin intikālinden ibâret bulunan şatr-ı âharı mefkūddur. *(Feth ve Ebussu'ud).*

Meşâyihin diğer bir tâifesi dahi havâle, yalnız nakl-i mutâlebeden ibâret olup, deyn, muhîl zimmetinde bâki olduğunu zikreylemişlerdir. Bu, İmam Muhammed'in kavlidir.

Bu meşâyih, müdde'âlarına delil olmak üzre şunları zikr eylemişlerdir:

Evvelen: Muhâlün-leh, muhâlün aleyhi ibrâ etdiğinde, ibrâsı sahîh olur. İbrâ-i mezkûr 660. maddede mezkûr olan ibrâ-i kefîl gibi muhâlün-aleyhin reddiyle merdûd olmaz. İbrâ-i mezkûrün redd ile merdûd olmasından anlaşılır ki, havâleden sonra muhâlün-aleyh zimmetinde sâbit olan yalnız mutâlebedir; yoksa deyn sâbit değildir. Mutâlebenin iskātı ise iskāt-ı mahz, yâni temlîki gayr-i mutazammın olduğundan bu vechile iskāt-ı mahz olanın reddi gayr-i mümkündür. Muhâlün-aleyhe deyn dahi intikāl eylemiş olsa idi temlîki mutazammın olacağı cihetle redd ile merdûd olması lâzım gelir idi. 1568. maddede olduğu gibi.[1]

Saniyen: Muhîl bade'l-havâle muhâlün-lehe deyni, yâni muhâlün-bihi îfâ eylese, muhâlün-leh kabûle mecburdur. Halbuki havâle ile deyn muhâlün-aleyhe intikāl eylemiş olsa idi, muhîl te'diye-i mezkûrede müteberri' olacağı cihetle kabûle mecbûr olmaz idi. Çünkü bir kimsenin diğer kimesne zimmetindeki alacağını şahs-ı sâlis o kimesne tarafından teberru'an îfâ edecek olsa, o kimse kabûle mecbûr edilemez. Dilerse kabûl eder, dilerse etmez. Zîra müteberri', dâyine hasm olamaz. *(Kutlubuğa)*

---

1 وكما لو ابرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك, فتح.

Tafsil: Bir deynin havâlesi icrâ kılındıkdan sonra, muhâlün aleyh o deyni muhâlün-lehe ödemeden, muhîl onu muhâlün-lehe te'diye etse, muhâlün-leh kabûle mecbûr olur. Muhîl bu te'diyede müteberri' olmaz. Çünkü 690. madde şerhinde beyân olunacağı üzre muhîlin beraeti muvakkatdir. Muhâlün-lehin bazan muhîle hakk-ı rücu'u sâbit olacağından, muhîl bu te'diye ile deyni kâmilen ve ebeden îfâ eylemiş ve muhîl bu vechile te'diye-i mezkûre ile müstefîd olmuş olur. Hatta bir kimsenin diğer kimesnede mu'accel bin kuruş alacağı var iken, kendi dâyinini bir sene müddetle mü'eccelen o kimesne üzerine havâle-i mukayyede ile havâle ettikden sonra, o kimesne dâyine borcu kendisi verse, o kimesneden matlûbunu mu'accelen alır. Nitekim muhâlün-leh, "Muhâlün-aleyh müflisdir." diye tagallüben alacağını muhîlden alsa havâle-i mukayyedede muhîl, muhâlün-aleyhdeki matlûbunu muhâlün-aleyhden istîfâ eyler. Ve 692. maddede munkatı' olduğu beyân olunan hakk-ı mutâlebe avdet eder. *(Bezzâziyye ve Hindiyye ve Redd-i muhtâr)*

Salisen: Muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden kabza, muhîli tevkîl etse sahîh olmaz. Deyn, muhâlün-aleyhe intikāl eylemiş olsa idi muhîl ecnebî olacağından ve ecnebînin kabz-ı deyne tevkîli sahîh bulunduğundan, kabz-ı deyne vekâleti sahîh olmak lâzım gelir idi.

Râbi'an: Muhâlün-leh, muhâlün-aleyhi ibrâ etdiğinde, muhâlün-aleyh muhâlün-bih ile muhîle rücu edemez. Velev ki havâle muhîlin emriyle olsun... Amma muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhe hibe etse, havâle bi'l-emrde, muhâlün-aleyh muhîle rücu' eyler. Eğer muhîlin muhâlün-aleyhde alacağı var ise takas vâki' olur. Deyn, eğer muhâlün-aleyh zimmetine intikāl eylemiş olsa idi, ibrâ ile hibenin hükmü müsâvî olmak ve binaenaleyh, muhâlün-aleyh iki sûretde dahi muhîle rücû' edememek lâzım gelir idi.

Bâlâda muhkâ bulunan hılafın semere ve fâidesi iki mevzi'de zâhir olur:

1- Ba'de'l-havâle muhâlün-leh muhîli deynden ibrâ etdiğinde, kavl-i evvele göre sahîh olmaz. Zîra muhîl, havâle ile zâten berîü'z-zimme olmuş idi. Kavl-i sânîye göre sahîh ve muhîl deynden berî olur. Zîra bu kavle göre deyn, zimmet-i muhîlde bâkī olup, ancak kendisinden mutâlebe tahavvül yâni muhâlün-aleyhe intikāl etmiş idi.

2- Râhin, mürtehini ona olan borcuyla bir kimesne üzerine havâle etse, kavl-i evvele göre yed-i mürtehindeki rehni istirdâd edebilir; mürtehin, rahini deynden ibrâ etdiğinde istirdâd edebileceği gibi... Amma kavl-i sânîye göre istirdâd edemez; mürtehin, alacağını rahinden te'cil ve te'hîr etdiğinde istirdâd edemeyeceği gibi... *(Bahr ve Redd-i muhtâr ve Feth)*

Behce nâm fetvâda mebâhis-i rehnin evâilinde dahi bu kavl-i sânî ile iftâ edilmiş ve *Münye*'de esahh-ı rivâyeteyn olduğu beyân olunmuşdur.[2]

---

2 والمرتهن ان احال غريما له على الراهن لم يكن له منع الرهن. (تعليقات ابن عابدين على البحر فى الحوالة). Meğer ki, tevâ tahakkuk etsin. 690. madde şerhine bakınız.

İhtilâfın tevfîkı: Bazı fukahâ, havâle ile ve yalnız mutâlebe nakl olunup deyn nakl olunmayacağı, veyahut ikisi de nakl olunacağı hakkındaki ihtilafı bi'l-inkâr demişlerdir ki, nakl olunan yalnız mutâlebe olup deyn olmadığını İmam Muhammed'den nassan mervî değil, belki müşarun-ileyh ahkâm-ı müteşâbiheyi zikrederek, bunların bazısında havâlenin te'cil olmasını ve naklolunan yalnız mutâlebe olup deyn olmamasını îcâb etdiği gibi, diğer bazı ahkâmda dahi naklolunan hem deyn hem de mutâlebe olmasını îcâb etmişdir. Bu vechile ahkâm-ı müteşâbihenin zikrinin sebebi şudur:

Havâlede iki itibar vardır:

İtibar-ı evvel: Havâlenin bi-hasebi's-sûret ve bi-hasebi hakīkat li'l-lafz nakl-i deynden ibâret olmasıdır. Bu itibar ile havâle ibrâ ve muhevvelün-bih hem mutâlebe, hem de deyn oluyor. Çünkü havâle lafzının hakīkati, mutâlebe ve deynin naklini îcâb eder. Zîra havâle nakli mübeyyin olup, deyne dahi muzâf kılınmışdır. Havâlenin lugat mânâsı nakildir. *(Feth)* Binâenaleyh havâle bazı ahkâmda nakl itibar olundu. Kavl-i evvele kāil olan meşâyihin delillerindeki mesâilde olduğu gibi. Bu itibar ile muhâlün-leh, muhâlün-bihi, artık muhîlden mutâlebe edemez.

İtibar-ı sânî: Havâlenin bi-hasebi'l-ma'nâ te'cil olmasıdır. Muhâlün-bih, muhâlün-aleyhde telef olduğunda, muhâlün-lehin muhîle hakk-ı müraca'atı bulunması bu i'tibâra mebnidir. Binâenaleyh, bazı ahkâmda te'cil itibar edildi. Kavl-i sânîye kāil olan meşâyihin delillerindeki mesâilde olduğu gibi.

Havâle 687. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre aynda câiz olmadığı cihetle deyne tahsîs olundu. Zîra havâle nakil ma'nâsını inbâ ve iş'ar etmekde, yâni havâle nakl-i şer'î olduğu gibi, deyn dahi vasf-ı şer'î olmakla, nakl-i şer'înin şer'an sâbit olanda tesir etmesi câiz oldu. Amma ayn hissî olduğu cihetle, nakl-i şer'î ile intikāl etmeyip nakl-i hissiyye muhtacdır. Hatta bir kimse bin defa bu kitabı şu mevzi'den bu mevzi'i âhara nakletdim dese, bu söz ile ve kitab yerinden hareket etmeyip nakl-i hissi lâzımdır. *(Dürer ve Abdülhalîm)*

Bu târifden müstefâd olan ahkâm:

Hükm-i evvel: İşbu târifden anlaşıldığı üzre havâlede muhîlin, muhâlün-lehe medyûn olması lâzımdır.

Bu cihetle, bir kimse, kendisinin asla borcu olmadığı bir kimesneyi kendisine bin kuruş borcu olan bir şahıs üzerine havâle etse, bu muâmele hakīkatde havâle değil belki kabz-ı deyne vekâlet olur. Yâni o kimse şahs-ı merkūmdaki alacağını kabz etmek üzre o kimesneyi vekîl etmiş olur. *(Tenvir ve Redd-i muhtâr)*

Yine bu cihetle, vekîl bi'l-bey' semen-i mebî'i kabz etmek üzre müvekkilini müşteri üzerine havâle eylemesi de kabz-ı deyne vekâlet hükmündedir. Zîra kabz-ı semen 1461. mad-

deye mebni vekilin hakkı iken havâle-i mezkûre ile bu hak müvekkil için sâbit olur. (3. maddeye bak.) İşte bu mes'elede vekîl bi'l-bey'in müvekkiline bir gûna borcu olmadığına, diğer bir ta'bîrle, muhîl olan vekilin muhâlün-leh olan müvekkiline medyûn bulunmadığına mebni bu muâmele havâle olmaz. *(Ankaravi fi'l-havâle)*

Yine bu cihetle, muhâlün-lehin muhîlde, ve muhîlin muhâlün-aleyhde hiçbir alacağı yok iken havâle icrâ kılındığında, bu havâle, hakīkatde havâle olmadığı gibi vekâlet dahi değildir. Binâenaleyh bu muâmele hükümsüz olmakla, bundan dolayı muhâlün-aleyhe hiçbir şey lâzım gelmez. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-havâle)* (62. maddeye bak.)

Hükm-i sânî: Kezalik târif-i mezkûrden anlaşılır ki, havâle nakl-i deyn olduğuna, yâni borç muhîlin zimmetinden muhâlün-aleyh zimmetine intikāl eylediğine binâen 690. maddede tasrîh edildiği üzre akd-i havâle sebebiyle muhîl deyninden berî olur. Binâenaleyh, havâle icrâ kılındıkdan sonra muhâlün-leh, alacağından muhîli ibrâ etse, bu ibranın hükmü yoktur. Zîra muhâlün-lehin muhîlde alacağı kalmadı ki ibrâsı sahîh olsun. Nitekim 690. madde şerhinde îzâh olunur. *(Bahr ve Redd-i muhtâr fi't-ta'rif)*

Havâle ile kefâlet beynindeki fark: İzahat-ı ânifeden kefâlet ile havâle beynindeki fark zâhir oldu. Çünkü işbu târifden istinbât olunduğu üzre havâlede asîlin, yâni muhîlin berâetini mûcib sûretde deyn muhâlün-aleyhe intikāl etdiği halde kefâletde asîlin zimmetinde deyn yine bâkī olduğundan, iki akd beynindeki fark tezâhür eder.

İmam Züfer rahimehü'llâhü Te'âlâ bu nakl-i deyne muhâlefet ederek, havâle kefâlete müşâbih olup kefâletde deyn zimmet medyûnda bâkī olduğu gibi havâlede dahi bâkī olacağına zahib olmuşdur. *(Hidâye)* Fakat, *Mecelle* gerek bu ve gerek 690. maddede Eimme-i Selâse'mizin mezhebini ihtiyâr eylemişdir.

674. MADDE

[**Muhîl havâle eden kimse ki medyûndur.**] "Medyûndur" ibâresiyle "kimse" lafzı tefsir olunur. Tefsir-i mezkûr lede't-tafsîl, "Muhîl, havâle eden medyûndur." târifi hâsıl olur.

Madde-i ânife şerhinde îzâh olunduğu üzre akd-i havâlede muhîlin, muhâlün-lehe medyûn olmasının lâzım bulunmasına bu târif dahi delâlet eder. Havâle eden kimseye muhtâle dahi ıtlak olunur. Bu ta'bir müsta'mel olmadığı cihetle *Mecelle* zikretmemiştir.

675. MADDE

[**Muhâlün-leh**] havâleyi alan [**dâyin**] yâni muhîlde alacağı [**olan kimsedir.**] Madde-i ânifenin delâlet etdiği şerhan beyân edilen husûsa bu madde dahi delâlet eder. *Mecelle*'nin bu târifi, târif-i sâbık ile mütenâsib değildir. "..havâleyi alan kimse ki dâyindir" diye târif

edilse münâsib olur idi. Havâleyi alan kimseye muhâl ve muhtâlün-leh dahi ıtlak olunur. Bu son iki tabiri *Mecelle* isti'mâl etmediğinden târif etmemişdir.

676. MADDE

[**Muhâlün-aleyh, kendi üzerine havâleyi kabûl eden kimsedir.**] Buna muhtâlün-aleyh de denilir. *Mecelle*'de bu lafız dahi isti'mâl edilmemişdir. Binâenaleyh bunda lafz-ı mezkûr târif olunmuyor. Bu muhâlün-aleyh, havâle sebebiyle muhâlün-lehe medyûn ve medyûniyyetde muhîl makāmına kāim olur. Muhâlün-aleyhin muhîle medyûn olması şart değildir. Nitekim 686. maddede beyân olunuyor.

677. MADDE

[**Muhâlün-bih havâle olunan maldır.**] 688. maddede zikrolunduğu üzre bu mal muhîlin zimmetinde muhâlün-leh için sâbit olan deyn-i sahîhden ibâretdir. Havâlenin ta'rifinde zikrolunan deyn işte bu maldır. Havâle olunan mala "muhtâlün-bih" dahi denilir. Bu ta'bir *Mecelle*'de kullanılmamıştır.

678. MADDE

[**Havâle-i mukayyede, muhîlin muhâlün-aleyh zimmetinde veyahut**] muhîlin muhâlün-aleyh [**yedinde olan**] mazmun veya gayr-i mazmun [**malından vermek**] yâni muhâlün-aleyhin vermesi [**üzre diye mukayyed olan havâledir.**] Havâle-i mezkûrenin hükmü 692. maddede beyân olunuyor.

Havâlenin taksîmâtı:

Havâle üç vechile taksîm olunur:

Vech-i evvel: Bu madde ile madde-i âtîyeden anlaşılır ki havâle iki kısımdır: Biri mutlaka, diğeri mukayyede. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî)*

Bu târifin metin ve şerhinden müstebân olduğuna göre, havâle-i mukayyede üç nev'dir:

> **Nev'-i evvel:** "Muhâlün-aleyh zimmetindeki muhîlin alacağından verilmek üzre" diye mukayyed olan havâledir. Buna "havâle-i mukayyede bi'd-deyn" denilir. Bir kimse kendisinin bin kuruş borçlu bulunduğu dâyinini kendisinin bin kuruş alacağı olan medyûnu üzerine havâle, ve havâleyi dahi mezkûr alacağından verilmek üzre diye takyîd eylemesi gibi.
>
> Mesela Zeyd'in Amr zimmetinde on altın matlûbu olduğu gibi, Bekir'in dahi Zeyd zimmetinde on altın alacağı olup da Zeyd Bekir'e "Benim Amr zimmetindeki ala-

cağımdan almak üzre seni Amr üzerine on altınla havâle etdim." deyip de, Bekir ve Zeyd dahi bu havâleyi kabûl etdiklerinde, havâle-i mukayyede bi'd-deyn olur.

Nev'-i sânî: Muhîlin, muhâlün-aleyh yedinde emânet olan derâhim ve denânîr ve ester misilli vedî'ası gibi bir ayndan verilmek üzre diye mukayyed olan havâledir. Buna "havâle-i mukayyede bi'l-ayni'l-emânet" denilir.

Nev'-i sâlis: "Muhîlin, muhâlün-aleyh yedindeki mağsûb gibi mazmûn malından verilmek üzre" diye mukayyed olan havâledir. Buna "havâle-i mukayyede bi'l-ayni'l-mazmûn" denilir.

Havâle-i mukayyedenin envâ'-ı selâse-i mezkûresi câiz ve nefsü'l-emirde mevcuddur. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur ve Redd-i muhtâr)* Bunların ahkâmı 692., 693., 694. ve 695. maddelerde beyân olunuyor.

Vech-i sânî: Atî'z-zikr 689. madde şerhinde beyân olunacağı üzre havâle, mübheme ve gayr-i mübheme kısımlarına münkasim olur.

Vech-i sâlis: Fasl-ı evvel ünvanı şerhinde zikrolunacağı vechile, havâle sıfatı itibariyle havâle-i lâzime, havâle-i câize, havâle-i fâside kısımlarına inkısâm eyler.

679. MADDE

[**Havâle-i mutlaka muhîlin**] zimmet-i [**muhâlün-aleyhde olan**] alacağından, veya yedinde bulunan vedî'a, mağsûb gibi gayr-i mazmûn veya mazmûn diğer [**malından vermek üzre diye mukayyed olmayan havâledir.**] Bu havâlenin hükmü 691. maddede beyân olunur. Muhîlin, muhâlün-aleyh zimmetinde alacağı, veya yedinde vedî'a, veya mağsûb gibi malı gerek bulunsun gerek asla bir şeysi bulunmasın. Diğer bir ta'bîrle muhîlin, muhâlün-aleyhde malı olmadığı halde icrâ kılınan havâle "havâle-i mutlaka" olacağı gibi, muhîlin muhâlün-aleyhde malı var iken o maldan verilmek üzre diye takyîd edilmeksizin icrâ kılınan havâle dahi havâle-i mutlaka olur.

Mesela bir kimse dâyinini asla matlûbu olmayan bir şahıs üzerine havâle etdiğinde, bu havâle "havâle-i mutlaka" olacağı gibi, bir kimse deynini medyûnu üzerine havâle edip, fakat medyûn-ı merkūmdaki alacağından verilmek üzre diye takyîd ve tansîs olunmayınca bu havâle, havâle-i mutlaka olur. Nitekim tafsîlâtı 691. madde ile şerhinden müstefâd olur. *(Hindiyye ve Redd-i muhtâr)*

Havâle-i mutlaka ile mukayyede beynindeki farklar: Havâle-i mutlaka ile mukayyede beyninde iki vechile fark vardır.

Vech-i evvel: Min haysü'l-mâhiyye olan farkdır ki bu madde ile beyân olundu.

Vech-i sânî: Min haysü'l-hükm farkdır ki 691., 692., 693., 694. ve 695. maddelerde beyân olunuyor.

Mecelle'nin 625., 652. ve 653. maddelerinde kefâlet-i mutlaka, kefâlet-i mukayyede üzerine takdîm edildiği gibi 285. madde, 287. madde üzerine, ve 336. madde dahi 341., 342. ve 343. maddeler üzerine takdîm eylediğinden, siyâka enseb olan işbu 679. madde, 678. maddeden mukaddem zikrolunmak idi.

Havâle-i mübheme ve gayr-i mübheme: Bir de havâle-i mübheme ve havâle-i gayr-i mübheme gayr kısımları vardır. Havâle-i mübheme; muhâlün-bihin ta'cil ve te'cili beyân olunmayan havâledir. Bunun kefâletde nazîri kefâlet-i mutlakadır. (652. maddeye bak.)

Havâle-i gayr-i mübheme; muhâlün-bihin ta'cîl veya te'cîli beyân olunan havâledir. *(Hindiyye)* Bunun kefâletde nazîri, kefâlet-i mukayyededir.

İşte havâle-i mübheme ile gayr-i mübheme arasında min haysü'l-mâhiyye ber-vech-i bâlâ fark bulunduğu gibi, min haysü'l-hükm dahi fark vardır. Şöyle ki havâle-i mübhemenin hükmü 697. maddede ve havâle-i gayr-i mübhemenin hükmü dahi kezalik mezkûr madde şerhinde beyân olunuyor.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HAVÂLE

BÂB-I EVVEL

[Akd-i havâle beyânında olup iki fasla münkasimdir.]

Burada şu bâb-ı evvelde zikrolunan mesâil-i mühimenin hulâsası derc olunur:

Hulâsa-i Bâb-ı Evvel

Havâlenin târifi:

Havâle, deyni bir zimmetden diğer zimmete nakletmekdir. Bu husûsda iki kavl vardır:

1. Kavil: Havâlede mutâlebe ve deyn nakl edilir. Zîra İmam Ebu Yusuf:

1. Muhâlün-leh ba'de'l-havâle deyni muhîle hibe veyahud deynden muhîli ibrâ etse sahîh olmaz. Deyn, zimmet-i muhîlde bâkī olsa idi sahîh olurdu.

2. Muhâlün-leh, muhâlün-aleyhi deynden ibrâ veya muhâlün aleyhe deyni hibe etse, ibrâ ve hibesi sahîh olur.

2-Kavil: Havâlede yalnız mutâlebe nakl edilir. Zîra, İmam Muhammed:

1. Muhâlün-leh, muhâlün-aleyhi ibrâ etdiğinde, ibrâsı sahîh ve redd ile gayr-i merdûd olur. Redd ile merdûd olmayan ibrâ, temlîki tazammun etmeyen ibrâdır.

2. Muhîl, bade'l-havâle muhâlün-lehe deyni îfâ etse, muhâlün-leh kabûle mecbûrdur. Demek ki deyn, zimmet-i muhîlde kemâ-kân bâkīdir. Cevab; muhîlin berâeti muvakkatdir.

3. Muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden kabza tevkîl etse sahîh olmaz.

4.Muhâlün-leh muhâlün-aleyhi ibrâ etdiğinde, muhālün-aleyh muhâlün-bih ile muhîle rücû' edemez. Fakat hîbe ederse rücû' eder. Eğer deyn intikāl etse hîbe ile ibrâ müsâvî olmak lâzım gelirdi.

Semere-i hılaf:

1- Bade'l-havâle muhâlün-leh muhîli ibrâ etse, kavl-i evvele göre sahîh olmaz; çünkü zâten berîdir. Kavl-i sânîye göre sahîh olur.

2- Râhin, mürtehini birinin üzerine havâle etse, İmam Ebû Yusuf'a göre yed-i mürtehindeki rehni istirdâd eder. İmam Muhammed'e göre edemez.

Te'lîf: Havâle, bazı mesâilde hem nakl-i deyn hem de nakl-i mutâlebedir. Diğer bazı mesâilde havâle te'cil ve nakl olunan yalnız mutâlebedir.

Taksîmât

3 Vecih

1. Vecih:

1- Havâle-i mukayyede:

1) Muhîlin muhâlün-aleyhdeki matlûbundan verilmek üzre mukayyede. (Havâle-i mukayyede bi'd-deyn)

2) Muhîlin, muhâlün-aleyh yedindeki emânet-i ayndan verilmek üzre mukayyed. (Havâle-i mukayyede bi'lâ ayni'l-emânet)

3) Muhîlin, muhâlün-aleyh yedindeki mazmûn malından verilmek üzre mukayyed. (Havâle-i mukayyede bi'l-ayni'l-mazmûn) câizdir.

2. Vech:

1- Havâle-i mutlaka:

Muhîlin, muhâlün-aleyhdeki malından verilmek üzre diye mukayyed olmayan havâledir. Bu dahi câizdir.

3. Vech:

1- Havâle-i mübheme: Muhâlün-bihin ta'cil ve te'cili beyân olunmayan havâledir. Kefâletde naziri (kefelet-i mutlaka)

2- Havâle-i gayr-i mübheme: Muhâlün-bihin ta'cil ve te'cili beyân olunan havâledir. Kefâletde naziri (kefâlet-i mukayyede)

1- Havâle-i lâzime: Dâyin, medyûnunu bir kimse üzerine havâle edip, onun kabûl etmesidir.

2- Havâle-i câize: Muhâlün-aleyh kendi hanesi veya atı semeninden verilmek üzre diye mukayyed olan havâledir. Fakat muhâlün-aleyh hane veya atını -kefâletde naziri geçtiği vechile- cebrolunamaz.

3- **Havâle-i fâside**: Muhîlin hanesi veya atı semeninden verilmek üzre diye mukayyed olan havâledir ki, muhâlün-aleyh îfâsına muktedir olamayacağı bir şeyle havâle olunmuşdur. Çünkü gayrin mülkünde bilâ-izin tasarruf batıldır.

Akd-i Havâle

1

Erkân-ı Havâle

Rükn-i havâle îcâb ve kabûlden ibâret ve muhîl, muhâlün-leh ve muhâlün-aleyhe nisbetle dört ihtimâl mevcutdur:

İhtimâl-i evvel: Muhîl, muhâlün-leh ve muhâlün-aleyh beyninde vâki' olan îcâb ve kabûl ile akd-i havâle olunabilir. Muhâlün-lehin kabûl ve rızâsı şarttır. Zîra deyn onun hakkıdır. Nâs ise îfâ-yı deynde mütefâvitdir. Muhâlün-aleyhin de rızâsı şarttır velev ki muhîle medyûn ola. Zîra bilâ-iltizam lüzûm-ı deyn olamaz. Ve taleb-i deynde nâs mütefavitdir.

İhtimal-i sânî: Muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde akd-i havâle câizdir. Fakat muhîlin rızâsı şart mıdır? (2 Kavl)

Kavl-i evvel: Şartdır.

Sûret-i ûlâ: Bu şart mutlakdır. Çünkü zevi'l-mürüvvât kendi borçlarının başkaları tarafından tahammül edilmesine razı olmazlar.

Sûret-i sânîye: Bu şart, muhâlün-aleyhin muhîle rücû' edebilmesi içindir; sıhhat-i havâle için değildir.

Sûret-i sâlise: Bu şart, yalnız muhîlin muhâlün-aleyhde matlûbu olup da bu alacakdan verilmek üzre mukayyed olan havâlededir. Çünkü bu havâle sebebiyle muhîlin, muhâlün-aleyhdeki matlûbundan hakk-ı mutâlebesi munkatı' oluyor. Bu sebepden muhîlin rızâsı şartdır. (Bu sûret-i sâlise mâdde-i kānûniyyenin müstesnâsını teşkil eder.)

Kavl-i sânî: Şart değildir. Çünkü muhâlün-aleyhin iltizâm-ı deyn eylemesi kendi nefsi hakkında bir tasarrufdur. Muhîle bir zarar gelmez. Belki bilâ-emr olduğu takdirde muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ muhîle rücû' edemeyeceğinden fâidesi vardır.

Tevfîk: İhtilâf-ı mezkûr esaslı değildir; çünkü havâle: İhale olursa muhîlin rızâsı bi'l-ittîfâk şartdır.

İhtiyâl olursa muhîlin rızâsı bi'l-ittifak şart değildir.

İhtimâl-i sâlis: Muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ edilen havâle, muhâlün-aleyhe lede'l-i'lâm kabûl ederse, sahîh ve tamam; etmezse batıl olur. Müstesna *(682. madde şerhine bakınız.)*

İhtimâl-i râbi‘: Muhîl ile muhâlün-leh beyninde icrâ edilen havâle, muhâlün-lehin kabûlüne mevkūfen mün‘akid olur. Demek ki, ittihad-ı meclis in‘ıkād-ı havâlede değil; nefaz-ı havâlede şartdır.

2

Şerâit-i Havâle

(4 şeyde aranır.)

Muhîlde:

İn‘ıkād-ı havâlede: Muhîlin âkıl olması şartdır.

İ‘tirâz: Muhîlin rızâsı şart değildi; âkıl olması niçin şart olsun.

Cevab: Şart-ı mezkûr, îcâb muhîl tarafından vâki‘ olan havâlededir. Zîra îcâb eden âkıl olmaz ise batıl bir îcâb kabûl edilmiş olacağından, akd mevcud olamaz.

Nefâz-ı havâlede: Muhîlin baliğ olması şartdır.

İ‘tiraz: Havâle, muhîle göre nef‘-ı mahzdır. Bülûğ şartının ehemmiyeti yokdur.

Cevab: Bu kayd, mûcib-i rücû‘ olmak noktasına ma‘tûfdur. Muhîl bâliğ olmaz ise, muhâlün-aleyh bade'l-eda rücû‘ edemez.

2. Muhâlün-aleyhde:

İn‘ıkād-ı havâlede muhâlün-aleyhin:

Âkıl ve bâliğ olması şartdır. Muhîle medyûn olması şart değildir.

3. Muhâlün-lehde:

Havâlenin in‘ıkādında muhâlün-lehin âkıl olması şartdır. Nefâzında muhâlün-lehin baliğ olması şart değildir. Çünkü, havâle muhâlün-lehe göre nef‘ ile zarar beyninde mütedâirdir.

4. Muhâlün-bihde:

İn‘ıkād-ı havâlede deynin ma‘lum ve sahîh olması şartdır. Kā‘ide: [Kendisine kefâlet sahîh olmayan düyûnun havâlesi de câiz olmaz.]

FASL-I EVVEL

Rükn-i havâle beyânındadır.

Rükn-i havâle îcâb ve kabûlden ibâret olup, muhîl, muhâlün-aleyh ve muhâlün-aleyh beyninde bi'l-ittîfâk yâni bu üç kimsenin ittîfâkiyle icrâ olunmakdır. İşte 680. maddede mevzûbahs olan bu ihtimaldir.

İhtimâl-i sânî: Akd-i havâle yalnız muhîl ile muhâlün-leh beyninde icrâ edilmekdir. 682. maddede mevzubahs olan bu ikinci ihtimaldir.

İhtimâl-i sâlis: Akd-i havâle yalnız muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ kılınmakdır. 683. maddede mastur olan bu ihtimâl-i sâlisdir.

İhtimal-i râbi': Akd-i havâle yalnız muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ edilmekdir. 681. maddede beyân kılınan bu ihtimâl-i râbi'dir.

Akd-i havâlenin işbu ihtimâlât-ı erba'ası nefsü'l-emrde mevcud ve sahîhdir. Bu faslın havi olduğu dört maddeden her biri ber-vech-i bâlâ birer ihtimali beyân ediyor.

Havâle, bu ihtimâlât-ı erba'a ile akd olunur. Yoksa dâyin, medyûnuna "Benim, senin zimmetindeki on altun alacağımı Zeyd'e ver." dese bu sözle havâle akdedilmiş olmaz. Belki dâyin alacağını kabza, Zeyd'i tevkîl etmiş olur. (*Ankaravî*)

Sual: 621. maddede beyân olunduğu üzre yalnız kefîlin îcâbiyle kefâlet mün'akid iken burada kefîlin nazîri olan yalnız muhâlün-aleyhin îcâbiyle havâle niçin mün'akid olmuyor?

Cevab: Ber-vech-i muharrer yalnız muhâlün-aleyhin îcâb etmesiyle havâle mün'akid olsa, muhâlün lehe mûcib-i zarar olur. (Madde-i âtiye şerhine bakınız.)

Havâlenin sıfatı itibariyle taksîmi: Bir de havâlenin sıfatı vardır; havâle bu itibarla üç kısımdır:

Kısm-ı evvel: Havâle-i lâzimedir. Havâle-i lâzime; dâyin, medyûnunu bir kimse üzerine havâle edip onun dahi kabûl etmesidir; havâle gerek mutlaka gerek mukayyede olsun. Bu vechile havâle câizdir. *Mecelle*'nin ekser mevâddı bu kısım hakkındadır.

Kısm-ı sânî: Havâle-i câizedir. Havâle-i câize, muhâlün-aleyh "kendi hânesi veya kendi atı semeninden verilmek üzre" diye mukayyed olan havâledir. Bu sûretde muhâlün-aleyh o aynı, yâni meselâ hânesini bey' ile semeninden muhâlün-bihi edâya cebr olunamaz. Bu vechile akdolunan havâle, muhâlün-aleyh muhâlün-bihi vakt-i hasadda vermek üzre havâleyi kabûl etmesi menzilindedir ki, kable'l-ecel eda-yı mala cebrolunamaz. 696. madde şerhinde bu havâleden bahsolunacaktır.

Kısm-ı sâlis: Havâle-i fâsidedir. Havâle-i fâside, "muhîlin hânesi veya atı semeninden verilmek üzre" diye mukayyed olan havâledir. Bu havâlenin fesâdı şundan dolayıdır: Muhâlün-aleyhin îfâsına muktedir olmadığı şeyle havâle olunmuşdur. Zîra bu vechile olan havâle ile muhâlün-aleyh, mezkûr hâne veya atı satmağa tevkîl edilmiş olmayıp, binâenaleyh muhâlün-aleyhin muhîlin malını satmağa iktidarı yoktur. *(Bahr)* (96. maddeye bak.)

680. MADDE

Muhîl, muhâlün-leh ve muhâlün-aleyh beyninde vâki' olan îcâb ve kabûl ile akd-i havâle olunabilir. Meselâ [**muhîl kendi dâyinine seni**] deynim bulunan şu kadar kuruş ile [**filanın üzerine havâle etdim deyip onlar**] (muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh) [**dahi**] havâleyi [**kabûl**] ve meselâ havâleyi kabûl etdim, veya razı oldum demek gibi rızâya delâlet eder bir söz dermeyân [**ettiklerinde havâle mün'akid**] ve nâfiz [**olur.**]

Muhâlün-lehin kabûl ve rızâsı bi'l-icmâ' şarttır. Zîra deyn onun hakkıdır. Nâs ise îfâ-yı deynde mütefavit olmakla, zimem mütefâvittir. Bu sûrette, muhâlün-lehin emniyet etmediği bir kimesne zimmetine kendi alacağının geçmesi, ona zarardır.

Muhâlün-aleyhin rızâ ve kabûlü dahi şart oldu. Muhâlün-aleyh gerek muhîle medyûn olsun. Çünkü alacağı taleb etmekde nâs mütefâvittir. Bazıları imhal ve tesâmuh ederler; bazıları ise bi'l-aks unf ve isti'câl ederler. Gerek muhîle medyûn olmasın. Çünkü deyn, muhâlün-aleyhe lâzım geleceğinden, lüzûm-ı mezkûr için muhâlün-aleyhin iltizamı şarttır.

Lâkin, muhîlin muhâlün-aleyhde alacağı olup da matlûb-ı mezkûrden verilmek üzre diye icrâ-yı havâle olunduğunda, bu havâle muhîl ile muhâlün-aleyh arasında akdolunabileceğine ve muhâlün-aleyhin rızâ ve kabûlü olmadığına İmam Şâfi'î, İmam Ahmed ve İmam Malik rahımehümü'llahü Te'âlâ ictihad eylemişlerdir. Zîra hak, muhîlindir. Onu bi-nefsihi istîfâya muktedir olduğu gibi, bi-gayrihi istîfâya dahi muktedir olur.[1]

İkrah ile havâle: Bu madde vechile akdolunan havâlede muhîl dahil olmakla, bu duhûl ile rızâsı hâsıl olmuş ise de, haddizatında muhîlin rızâsı bulunması şart olmadığı mâdde-i âtiye şerhinde beyân olunur.

Amma ber-vech-i muharrer muhâlün-leh ile muhâlün-aleyhin kabûl ve rızâları in'ıkād-ı havâlede lâzım olunca, bunlardan birisine veya ikisine vukū' bulan ikrah ile havâle sahîh olmayacağı müstefâd olur. (1006. maddeye bakınız.)

1 ولنا ان الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبضه الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه, سعدى جلبى.

Mu'tâd olduğu gibi âtî'z-zikr maddede mes'ele evvelâ umumiyyet üzre zikrolundukdan sonra, misaller ile îzâh edilmiş olmakla, bu madde ser-levhası metnen ber-vech-i meşrûh yazılmış olsa idi, siyâka enseb ve mu'tâda muvâfık ve ifâde-i meramda evzah olurdu.

681. MADDE

[**Yalnız muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde**] vâki' olan îcâb ve kabûl ile [**akd-i havâle olunabilir**] ve bu havâle dahi nâfizdir. Muhîlin meclis-i akidde havâleyi kabûllenmesine, veyahut meclis-i mezkûrde bulunmayıp da badehü izin ve rızâsının inzımamına tevakkuf etmez.

Vâkı'â, bazı kütüb-i fıkhiyyede erbâb-ı haysiyyet ve eshâb-ı mürüvvet, kendi borçlarını gayrin tahammülüne râzı olmayacağı mukaddimatını delil göstererek muhîlin dahi rızâsı şart olduğu zikr olunmuş ise de, *Mecelle* bu nazariyeyi kabûl etmediği bu maddeden müstefâd olur.

[**Mesela bir kimse birine, "Benim filanda olan şu kadar kuruş alacağımı havâleten sen üzerine al." deyip o dahi "Kabûl ettim." dese,**] ta'bir-i diğerle îcâb, muhâlün-leh tarafından ve kabûl, muhâlün-aleyh cânibinden vukū' bulsa [**yahut**] bir kimse birine "Senin [**filanda olan şu kadar kuruş alacağını benim üzerime havâleten kabûl et." deyip o dahi kabûl etse**] yâni îcâb, muhâlün-aleyh cânibinden ve kabûl, muhâlün-leh tarafından vukû' bulsa [**havâle sahîh**] ve nâfiz [**olur. Hatta muhâlün-aleyh sonra nâdim olsa, nedameti fâide**] ve havâlenin sıhhâtîne halel [**vermez.**]

Bir tarafdan mâzi ve diğer tarafdan emir sîgasiyle havâlenin mün'akid olacağı bu maddeden müstefâd olur. Bu halde havâlenin bu mes'elede, bey' ve icâreden farkını bulmak lâzım gelir.

Bu maddeden anlaşılır ki, muhîlin rızâsı ve emri in'ıkād-ı havâlede şart değildir. Çünkü bu gibi havâlede muhîlin hiçbir hakkına halel gelmez. Bilâkis müstefîd olur. Zîra muhîlin rızâsı ve emri olmayarak icrâ kılınan havâlede muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi muhâlün-lehe te'diye etdiğinde, muhîle rücû' edemeyeceği gibi, muhîlin muhâlün-aleyhde alacağı bulunsa, onunla takas ve mahsub edemez. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim 698. madde şerhinde beyân kılınır. Bunun nazîri kefâletdir. Çünkü kefâlet, mekfulün-anhın rızâsı olmaksızın sahîh olur.[2] Eimme-i selâse, muhîlin rızâsı şart olduğuna, çünkü medyûn olan muhîl kendi borcunu dilediği sûretde îfâ edebileceğine, yâni dilerse bizzat kendi verir, dilerse muhâlün-aleyhe verdirir. Bu takdirde muhîlin rızâsı olmaksı-

---

2 واشتراط رضا المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من اى جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا, فتح.

zın bu havâlenin lüzûmunda, muhîl için sâbit olan bu vüs'at darlaşmış olacağına zahib olmuşlardır. *(Feth ve Bacûrî)*

İstisna: Lakin muhîlin, muhâlün aleyhde alacağı olup da matlûb-ı mezkûrden verilmek üzre diye mukayyeden muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde akd-i havâle olunduğu sûretde bunda muhîlin rızâsı dahi şarttır. Zîra bu vechile icrâ edilen havâlede muhîlin mezkûr alacakdaki hakkını 693. madde vechile iskāt edeceğinden rızâsı lâzımdır. *(Mecma'u'l-enhur)*

Bu madde üzerine müteferri' bazı mesâili zikredelim:

Bir kimse, diğer kimesneye "Filan şahıs beni senin üzerine bin kuruşla havâle etti. Onu bana ver de, o şahıs havâle ettiğini inkâr eder ise meblağ-ı mezkûrü benden al." dese de o kimesne dahi şahs-ı merkūma bin kuruş borcu olduğunu ikrar ile, onu alâ vechi'l-havâle, o kimseye verse, şahs-ı merkūm havâleyi tasdik eylediği sûrette o kimesne o kimseden onu istirdâd edemez.

Kezâ şahs-ı merkūm vefat etmiş olsa, veya gāib olmakla, havâleyi tasdik edip etmeyeceğinin anlaşılması kābil olmazsa yine o kimesne o kimseden onu istirdâd edemez. Amma şahs-ı merkūm havâleyi inkâr etdiğinde 78. maddeye mebni o kimesnenin, mezkûr ikrâr ve tasdikin şahs-ı merkūm hakkında bir gûnâ hükmü olmayacağından, o şahıs alacağını o kimesneden alır ise, o kimesne dahi verdiğini o kimseden istirdâd eder. *(Tenkîh kubeyle kitâbi'l-kazâ)*

Tafsîl-i ihtilaf: Muhîlin rızâsı sıhhat-i havâlede şart olup olmadığında iki kavil üzre ihtilaf olunmuştur.

Kavl-i evvel: İmam Kudûrî'nin rivâyetidir. Buna göre sıhhat-i havâlede muhîlin rızâsı şarttır.

Bu eşratın ma'nâsında dahi ihtilaf edilmiştir. Bazı ulemâya göre iştirât-ı mezkûr ale'l-ıtlaktır. Çünkü zevi'l-mürüvvât, yâni namuslu adamlar kendi borçlarının başkaları tarafından tahammül edilmesine müma'nâat edeceklerinden muhîlin rızâsı şarttır. Diğer bazı ulemâya göre de eşrât-ı mezkûr muhâlün-aleyhin muhîle rücû' edebilmesi içindir. Yoksa sıhhat-i havâle için değildir. Yâni muhîlin rızâsı ve emri ile havâle olunduğunda, muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ ona rücû' eder. Ve illa havâle sahîh ise de ona rücû' edemez. (691. ve 698. maddelerin şerhlerine müraca'at ediniz.)

Diğer bazı ulemâ dahi bu iştirât, muhîlin muhâlün-aleyh zimmetinde matlûbu olup da bu alacakdan verilmek üzre diye vâki' olan havâlededir. Bu havâle sebebiyle muhîlin, muhâlün-aleyh zimmetindeki alacakdan hakk-ı mutâlebesi 692. maddede zikrolunduğu üzre munkatı' olacağından, onun rızâsı yalnız bu vechile olan havâlede şarttır dediler.

Kavl-i sânî: Zeyyâdân'ın rivâyetidir. Buna göre muhîlin rızâsı şart değildir. Zîra muhâlün-aleyhin iltizâm-ı deyn eylemesi kendi nefsi hakkında bir tasarrufdur. Bu tasarrufdan muhîle bir gûnâ zarar gelmez. Bilâkis fâidesi dahi vardır. Çünkü havâle muhîlin emriyle olmayınca muhâlün-aleyh ba'de'l-eda muhîle rücû' edemez.

İki rivâyet arasında tevfîk: Fakat zâhir olan bu iki rivâyet arasında muhâlefet yoktur. Çünkü havâle: Bazan muhîlden ibtidâ eder. Bu, ihâledir. Bu ise fi'l-i ihtiyâri olmakla bi-dûni'l-irâde ve'r-rızâ tasavvur olunamaz. Kavl-i evvelin vechi işte budur.

Havâle bazan muhâlün-aleyhden başlar. Bu, ihtiyâldir. Bunda yalnız muhâlün-aleyhin irâde ve rızâsı lâzım ise de, muhîlin irâde ve rızâsı lâzım olmamakla, onun irâde ve rızâsı olmaksızın havâle tamam olur. Kavl-i sânînin vechi işte budur.

Hulâsa, havâle olur ise, muhîlin irâde ve rızâsı bi'l-ittîfâk şart olup amma ihtiyâl olur ise, muhîlin irâde ve rızâsı bi'l-icmâ' şart değildir.

İmdi muhîlin rızâsının meşrû'tiyyeti kavl-i evvelde havâle ister ihâle, ister ihtiyâl olsun mutlaktır demek münâsib olmadığı gibi, muhîlin rızâsının şart olmaması kavl-i sânîde havâle gerek ihâle, gerek ihtiyâl olsun şart değildir denilmek dahi layık değildir. *(İnaye şerhu'l-Hidâye ve Mecma'u'l enhur)*

682. MADDE

[**Yalnız muhîl ile muhâlün-leh beyninde icrâ olunan havâle**] muhâlün-aleyhin rızâ ve kabûlüne mevkûfen mün'akid olur. Binâenaleyh havâle-i mezkûre [**muhâlün-aleyhe lede'l-i'lâm**] muhâlün-aleyh [**kabûl etdikde**] havâle [**sahîh ve tamam olur.**] *(Tenkîh)* Amma muhâlün-aleyh havâleyi kabûl etmediği yâni redd eylediği sûretde havâlenin hükmü olmayacağı gibi muhâlün-aleyhin kabûl ve rızâsı istihsâl olunmadan muhâlün-aleyh vefat etse havâle bâtıl olur.

Binâenaleyh havâle muhâlün-aleyhin kabûlünden evvel tamam olmayacağından, muhâlün-aleyh havâleyi kable'l-kabûl, muhâlün-leh alacağını muhîlden taleb eder. *(Fetâvâ-yı cedîde ve Netîce)* Çünkü henüz havâle mün'akid olmadı; ta ki 690. maddenin hükmü câri olsun.

El-hâsıl bu madde vechile akdedilen havâlede muhâlün-aleyhin rızâsı şarttır. Yoksa meclis-i akd, havâlede huzûru şart değildir.

Muhâlün-aleyhin rızâsı şart oldu. Zîra muhâlün-aleyh üzerine havâle sebebiyle mal lâzım gelip bilâ-iltizam lüzûm olmaz. Hatta muhîlin, muhâlün-aleyhde alacağı olsa bile yine rızâsı lâzımdır. Çünkü nâs taleb-i malda mütefâvittirler. Zîra bazıları unf ve isti'câl ve ba-

zıları ise tesâhül ve tesâmuh ederler. *(Mecma'u'l-enhur ve Dürr-i muhtâr ve Bahr)* Nitekim 680. ve 682. maddeler şerhinde tafsîl olundu.

[**Mesela bir kimse dâinini âhar diyarda olan birinin üzerine havâle edip dâin dahi**] havâle-i mezkûreyi [**kabûl ettikden sonra**] âhar diyarda olan [**muhâlün-aleyhe**] havâle-i mezkûre [**lede'l-i'lâm o dahi kabûl ettiği gibi**] yâni kabûl ettiği anda [**havâle**] sahîh ve [**tamam**] -nâfiz- [**olur.**] *(Hindiyye ve Bezzâziyye)* Hatta bu takdirde dâyin muhâlün-aleyhe varıp da, o kimsenin şu kadar kuruş ile kendi üzerine havâle ettiğini beyân ve muhâlün-aleyh dahi bunu tasdîk ile kabûl ettiğinde havâle sahîh olur. Velev ki bu kabûl ve tasdîk sırasında, muhîl gāib olsun. *(Bezzâziyye fî evâili'l-havâle)*

Bu maddeden anlaşılır ki, havâlenin in'ıkādında muhâlün-aleyhin rızâsı ve havâleyi kabûl etmesi şarttır. Nitekim ânifen şerhan beyân edildi; muhâlün-aleyh muhîle gerek medyûn olsun gerek olmasın. (64. maddeye bak.) Zîra akd-i havâle ile muhâlün-aleyh üzerine deyn lâzım geleceğinden, iltizâm-ı deyn olmaksızın, lüzûm-ı deyn olamaz.

İşte eimme-i Hanîfenin mezhebi ber-vech-i meşrûh ve bâ-emr-i hazret-i pâdişâhî el-yevm ma'mûlün-bihdir. Şu kadar var ki eshâb-ı Hanefiyyeden İmam Cürcânî, muhâlün-aleyh muhîle medyun olduğunda bu deynle havâlede muhâlün-aleyhin rızâsı şart olmadığına kāil olmuş ve Mâlik, Şâfi'î rahımehümü'llahü Te'âlâ Hazerâtı mezhebleri dahi bu merkezde bulunmuşdur. Zîra muhâlün-aleyh mahall-i haktır. Hak sâhibi bulunan muhîl, muhâlün-aleyhdeki hakkını dilerse bizzat istîfa eder. Dilerse nâibi vasıtâsi'yle istîfâ eyler. Nâib, muhîlin kabz-ı deyne vekili olabileceği gibi muhâlün-leh dahi olabilir. *(Şürünbülâlî ve Bacûrî)* (680. madde şerhine bak.)

İstisna! Ancak Redd-i muhtâr sâihâtından naklen demiştir ki, âtî mes'ele vechile olan havâlede muhâlün-aleyhin kabûl ve rızâsı olmaksızın dahi havâle sahîh olur. Zevce, hakim tarafından, kendisi için zevci üzerine takdir-i nafaka olunarak emr-i kādî ile nafakası için bir kimesneden istidâne ettiğinde, o kimesneyi zevci üzerine havâle edebilir. Bunda zevcin rızâsı ve havâleyi kabûl eylemesi şart değildir.

683. MADDE

[**Yalnız muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde**] muhâlün-leh meclis-i havâleden gāib olsa bile [**icrâ olunan havâle muhâlün-lehin kabūlüne mevkūfen mün'akid**] ve kabûl ederse sahîh ve nâfiz, etmez ise münfesih [**olur.**] da in'ıkād-ı havâlede meclis-i mezkûrde muhâlün-leh tarafından bir şahsın havâleyi kabûl eylemesi lâzım değildir.

Bu maddeden istinbât olunduğu üzre nefâz-ı havâlede muhâlün-lehin kabûlü lâzımdır. Zîra alacak kendisinindir. Bazı kimseler îfâ-yı deynde îkā'-ı müşkilât ederek, edâ-yı deyne muktedir oldukları halde mumâtala eylemeleri ve bazıları ise asla muktedir bulunmala-

rı mülâbesesiyle zimem, muhtelif olduğundan muhâlün-lehin kabûlü olmaksızın havâlenin sıhhatıne kāil olmak, muhâlün-lehi mutazarrır eder. (19. madde ile 680. madde şerhine bakınız.) *(Hidâye)*

[**Mesela bir kimse birine, benim filana olan deynimi havâleten sen üzerine al deyip, o dahi kabûl etse**] o filanın kabûlüne [**mevkūfen**] havâle [**mün'akid olup muhâlün-leh**] -filan- [**kabûl ettikde havâle nâfiz olur.**] Amma kabûl etmez ise münfesih olur.

Bu maddeden anlaşılır ki, meclis-i havâlenin ittihâdı, yâni meclis-i havâlede muhâlün-lehin, veya nâibinin huzûru ve havâleyi kabûl eylemesi in'ıkād-ı havâlenin şartı değil; belki nefâz-ı havâlenin şartıdır. İmam-ı A'zam ile İmam Muhammed rahımehümâ'llahü Te'âlâ ittihâd-ı meclis, in'ıkād-ı havâlenin şartı olduğu ve binâberîn muhâlün-leh gāib iken icrâ kılınan havâle kendisine tebliğ olunduğunda kabûl eylese bile, havâle mün'akid olmayacağını ictihad buyurmuşlar ise de, İmam Ebî Yusuf hazretleri ittihâd-ı meclis, in'ıkād-ı havâlenin değil; belki nefâz-ı havâlenin şartı bulunduğunu ictihad buyurmuş olmakla, şu madde müşârun-ileyhin mezhebi üzerine bi't-te'sis edilmiş veya irâde-i seniyye el-yevm ma'mûlün-bih olmuştur. *(Bahr ve ta'lîkāt-ı İbni Abidîn aleyh ve Redd-i muhtâr ve Ankaravî)*

FASL-I SANİ

[Şerâit-i havâle beyânındadır.]

Mevâdd-ı âtiyeden anlaşılacağı üzre işbu şerâit dört nev'dir. Nev-i evvel muhîle, nev-i sânî muhâlün-lehe, nev-i sâlis muhâlün-aleyhe, ve nev-i râbi' muhâlün-bihe râci'dir. Bu şerâitden anlaşılır ki, terke üzerine havâle icrâsı sahîh değildir. Zîra bunda şahs-ı muhâlün-aleyh mevcud değildir. *(Bacûri)*

684. MADDE

[**İn'ıkād-ı havâlede muhîl ile muhâlün-lehin**] yalnız [**âkıl ve muhâlün-aleyhin**] hem [**âkıl**] hem de [**bâliğ olması şarttır.**] Muhîl, muhâlün-leh, muhâlün-aleyhin âkıl olmasının şart oluşu 657., 966. ve 979. maddelere ve yalnız muhâlün aleyhin bülûğunun şart oluşu 967. maddenin fıkra-i sânîyesine mebnîdir.

[**Binâenaleyh**] mecnun ve [**sabî-i gayr-i mümeyyizin birine borç havâle etmesi**] -muhîl olması- [**ve birinden**] borç [**havâle alması**] -muhâlün-leh olması- [**batıl olduğu gibi, sabî gerek mümeyyiz olsun ve**] sabî mümeyyiz olduğu sûretde [**gerek me'zûn ve gerek mahcûr**], ve havâle gerek muhîlin emriyle, gerek emirsiz [**olsun**] ve kezalik mecnun [**birinden kendi üzerine havâle kabûl etmesi**] yâni muhâlün-aleyh olması [**bâtıldır.**] Nitekim sabînin velîsi veya vasîsi sabî üzerine havâleyi kabûl eylese sahîh olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)* (58. maddeye bakınız.)

Amma in'ıkād-ı havâlede muhîlin sıhhâtî şart değildir. Binâenaleyh marîz, biri üzerine borç havâle edebilir. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbûr.)*

Muhîlin âkıl olması şartı üzerine bahis: Ma'lûm olmalıdır ki 680., 682. ve 683. maddelerde beyân olunduğu üzre havâlede muhâlün-leh ile muhâlün-aleyhin rızâsı şart ise de muhîlin rızâsı lâzım olup olmadığında rivâyet muhteliftir: Bir rivâyetde -bu rivâyete "rivâyetü'l-*Kudûri*" ıtlak olunur- muhîlin rızâsı dahi lâzımdır. Diğer bir rivâyetde -buna "rivâyetü'z-*Ziyâdât*" denilir.- Muhîlin rızâsı olmaksızın vukû' bulan havâlede bir mazarrat olmadıkdan başka havâle, muhîlin emriyle olmayınca muhâlün-aleyh ona rücû' edemeyeceğine mebni bu havâlede muhîlin menfa'ati bulunduğundan, havâlede muhîlin rızâsı lâzım değildir. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim bu iki rivâyet ve kavil 681. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. *Mecelle*'nin 681. maddesi bu "rivâyâtü'z-*Ziyâdât*" üzerine te'sis ve bina kılınmıştır.

Salifü'z-zikr 681. maddesi şerhinde îzâh olunduğu üzre sâhibü'l-'İnâye'nin tafsîlatından ânifü'l-beyân iki rivâyet beyninde tevfîk-i hüsn hâsıl ve ihtilaf mürtefi' olur.

Tafsîlat-ı sâbıkaya göre muhîlin âkıl olması şartı, havâle ihâle olması sûretine muvâfık ise de 681. madde vechile akd olunan havâlede -çünkü muhîlin akd-i havâle olunduğu meclisde huzûru veya ba'de'l-havâle izin ve rızâsının inzımâmı lâzım olmadığına ve meselâ İstanbul'daki bir kimse Bağdat'da bulunan bir kimesnenin borcunu havâleten üzerine kabûl edebildiği ve o kimesne Bağdat'da bulunup da akitde medhali ve mâlûmâtı olmadığı halde âkıl olup olmamasından bir fâide bulunmadığına nazaran -muhîlin âkıl olması meşrût olmamak lâzım gelir. Bu sûretde *Mecelle*, 681. maddede rivâyet-i sânîyeyi ihtiyâr ettiği halde bu maddede muhîlin âkıl olması şartını zikreymemesiyle rivâyeti ûlâyı kabûl eylemişdir diye sual vârid olur.

Amma 680., 682., ve 683. maddeler vechile muhîlin dahil olduğu ve havâleyi îcâb veya kabûl eylediği havâlede muhîlin âkıl olması lâzımdır. Zîra 966. ve 979. maddelerde beyân olunduğu üzre âkıl olmayanın tasarrufât-ı kavliyyesi asla -hatta hakkında nef'-ı mahz olsa bile- sahîh ve îcâb ve kabûlü mu'teber olmaz. *Mecelle*'nin muhîlin âkıl olmasını şart etmesi 680., 682. ve 683. maddeler vechile akdedilen havâlededir. Amma 681. madde vechile akdedilen havâlede mezkûr şart yoktur diye sual-ı sâbıka cevab verilir. Bu maddedeki "binâenaleyh.. .....birine borç havâle etmesi......" ibâresi dahi bunu müeyyid olur. Ancak cevab-ı mezkûr kabûl edildiği takdirde madde-i ânifede muhîlin âkıl olması şartı sûret-i mutlakada mezkûr olduğu halde ıtlakdan çıkarılmış olur.[3]

Şu mes'eleyi biraz daha tafsîl edelim: 680. madde vechile akd-i havâle olunduğunda, yâni muhîl kendi dâyinini filanın üzerine havâle ve onlar dahi kabûl ettiklerinde havâle mün'akid olur. Lakin bunda muhîlin âkıl olması şarttır. Muhîl âkıl olmayıp da mecnun veyahut sabî-i gayr-i mümeyyiz olduğu sûretde muhîlin îcâbı bâtıl, ancak muhâlün-leh ve muhâlün-aleyhin kabûlleriyle 681. madde kabîlinden olmak üzre havâle mün'akid olur mu? Zâhir olan şudur ki muhîlin îcâbı batıldır. Muhâlün-leh ile muhâlün-aleyhin îcâb ve kabûlleriyle havâle mün'akid ve bu havâle ihtiyâl olur.

682. madde vechile akd-i havâle olunduğu takdirde, yâni yalnız muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ olunan havâlede, muhîl âkıl olmadığı sûretde îcâb bâtıl olur. Ondan sonra muhâlün-leh bu havâleyi muhâlün-aleyhe lede'l-i'lâm, o da kabûl eylese havâle sahîh olmaz. Zîra muhâlün-aleyh, mün'akid olmayan havâleyi kabûl eylemiştir.

682. madde vechile yalnız muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde havâle icrâ olunduğunda, bunda muhîl gayr-i âkıl olunca havâle bâtıl olur. Bundan sonra bu havâleyi muhâlün-leh kabûl etse bile yine mün'akid olmaz. Zîra havâle-i bâtıleyi kabûl eylemiştir. Muhîlin âkıl olması şartının ma'nâsı budur. Amma 681. madde vechile yalnız muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde akdolunan havâlede, muhîlin âkıl olması şart değildir.

3 *Mecelle*, muhîl demiş ve bu ise 674. madde mucebince havâle eden kimse ma'nâsında bulunmuş olmakla şu cevabın savab olduğunda şüphe yoktur.

Zîra akd-i mezkûrde muhîl, yâni medyûn bulunan kimse dahil ve akd-i havâlenin erkânından birini deruhde etmiş bulunmadığından, bunun âkıl olması şartında hiçbir fâide melhuz değildir.

Muhîlin âkıl olması şartı üzerine îrâd olunan sual ile bu cevab bir nakl-i sarîha mebni olmayıp, müellifin fikri olmakla, buna mütedâir bir davanın faslı lâzım geldiğinde, mes'ele-i şer'iyyesini bulmak lâzım geldiği beyâniyle bu bahse hitam veririz.

685. MADDE

[**Havâlenin**] in'ıkādında değil [**nefazında muhîl ile muhâlün-lehin baliğ olması şarttır.**] *(Bahr)* [**Binâenaleyh sabî-i mümeyyizin**] muhîl olarak birine borç [**havâle**] etme[**si ve**] muhâlün-leh olarak birinden borç [**havâle alması velisinin icâzetine mevkūfen mün'akid olur.**] Zîra bu havâlede mübâdele ma'nâsı vardır. *(Bahr)* [**ve velisi icâzet verdikde**] havâle [**nafiz olur.**] (967. maddenin fıkra-i sâlisesine bakınız.)

Bahis ve menâzır: Bu maddede iki mes'ele zikr ve beyân olunuyor.

Mes'ele-i ûlâ : Havâlenin nefâzında muhîlin baliğ olması şarttır.

Mes'ele-i sânîye : Havâlenin nefâzında muhâlün-lehin baliğ olması şarttır.

Mes'ele-i sânîyenin sebebi şudur: Havâle muhâlün-lehe göre, nef' ile zarar beyninde dâir olan ukūddandır. Şöyle ki muhâlün-aleyh, daha melî ve ganî ise havâlede muhâlün-leh için nef' olduğu gibi muhâlün-aleyh fakir ise muhâlün-leh için zarar vardır. Sabînin bu gibi nef' ile zarar beyninde dâir olan ukūdu, velisinin icâzetine mevkūf olur. (967. maddeye bakınız.)

Amma mes'ele-i ûlâdaki şart cây-ı i'tirazdır. Zîra havâle muhîle göre nef'-ı mahz kabîlindendir. Çünkü muhîl, sabî-i âkıl-ı gayr-i me'zûn olup, ber-vech-i meşrûh, havâle etdiğinde borcundan berî olduğu gibi sabînin emri sahîh olmadığından muhâlün-aleyh dahi ba'de'l-edâ sabî-i merkūma mürâca'at edemez. Nitekim sabînin emri kefâletde dahi mûcib-i rücû' olmadığı 657. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

Madde-i ânifede muhîlin âkıl olması şartı husûsunda îrâd olunan bahse verilen cevâb, bu maddede mukayyed olamaz. Zîra sabî-i âkıl ve mümeyyizin irâde ve ihtiyârı mevcûd ve onun ihâlesi sahîh olur. Bu ihâle ihtiyâl olmaz.

Zâten, mahcûr olan sabî-i âkılın ihâlesi sahîh olarak, muhâlün-lehin, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden mutâlebeye hakkı olduğu, bazı kütüb-i fıkhiyyede musarrahtır. Ber-vech-i âtî nakl ve tercüme olunur.

Sabî-i mahcûr, bir malı ikrar ile beraber onu şahs-ı âhar üzerine ihâle ve şahs-ı merkūm dahi havâleyi kabûl etdiğinde mukarrun-leh olan kimse, muhâlün-aleyhden o malı mutâlebe edebilir. *(Ta'lîkāt-ı İbni Âbidîn ale'l-Bahri fi'l-havâle)*

Cevâb: Mes'ele-i ûlâda havâlenin nefâzında muhîlin bâliğ olmasının meşrûtiyyeti, muhâlün-aleyhin ba'de'l-edâ muhîle rücû' edebilmesi hakkındadır. Bu sûretde esnâ-yı havâlede muhîl bâliğ olur ise havâle sahîh olduğu gibi, muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ muhîle rücû' eder. Amma muhîl bâliğ değil ise, havâle sahîh ise de muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ muhîle rücû' edemez.

Bu cevâbın sıhhati, muhîlin mücerred ihâlesi muhâlün-aleyhin muhîle rücû' edebilmesi için kâfi olduğuna dâir sarâhat bulmağa mütevakkıftır. Vâkı'â kefîl, îcâb-ı kefâlet edip mekfulün-lehin kabûl ve rızâsından mukaddem, asîl râzı olduğunda, bu rızâ mûcib-i rücû' olduğu 657. madde şerhinde zikrolunmuş idi. 691. ve 678. maddelerin şerhlerine mürâca'at ediniz.

Bu suâl ve cevâb dahi müellifin fikri olmakla, lede'l-îcâb mes'ele-i şeriyyesini bulmak lâzımdır.

[**Şu kadar ki**] sabî-i mümeyyiz birinden borç [**havâle aldığı**] yâni muhâlün-leh olduğu [**sûretde velisi izin verse dahi**] bu havâlenin ve icâzetin sıhhâtînde [**muhâlün-aleyhin muhîlden daha melî**] yâni daha ganî [**olması şarttır.**] *(Redd-i muhtâr ve Ankaravî)* Nitekim eb, bi'l-velâye ve vasî, bi'l-vesâye mal-ı yetîmi, yâni müteveffânın akdiyle vâcib olup vefâtîyle yetîme intikāl eden, tabir-i diğerle bu eb veya vasînin akdiyle vâcib olmayan alacağı, havâle almasında dahi muhâlün-aleyhin muhîlden daha melî olması şarttır. Zîra bunların tasarrufunun sıhhâtînde fâide bulunmak lâzımdır. (58. maddeye ve 967. maddenin fıkra-i sânîyesine bakınız.)[4]

Sabî'-i mümeyyizin havâle aldığı muhâlün-aleyh muhîlden daha melî olmayınca havâle sahîh ve binâ-berîn velisinin icâzetinin hükmü olmadığı gibi muhâlün-aleyh ile muhîl zenginlikte müsâvî olunca havâle yine sahîh değildir. Nitekim metn-i *Mecelle*'nin "daha........" tabiriyle buna işaret olunmuştur. Zîra akd, fâide için meşrû' kılınmıştır. Fâidesiz olan akd derece-i itibardan sakıttır. *(Dürr-i muhtâr fi âhiri'l-havâle)*. (200. madde şerhine bakınız.)[5]

Fakat muhâlün-aleyhin muhîlden daha melî olması şartı, metn-i *Mecelle*'de, sabî-i mümeyyizin havâle alması sûretine tahsis edilmesinden sabî-i mümeyyiz birine borç havâle etdiğinde velîsinin bu havâleyi mümeyyiz olmasının sıhhâtînde muhâlün-aleyhin muhîlden daha melî olması şart olmadığı anlaşılır.

Mütevellînin havâle alması: Mütevellînin mâl-i vakfı havâle almasında dahi, muhâlün-aleyhin muhîlden daha melî olması şarttır. *(Ali Efendi)* (58. maddeye bakınız.)

---

4 ومنه ما لو احتال الى اجل, در مختار. لكونه ابراء موقتا فيتعبر بلابراء المؤبد, رد محتار.

5 وذكر صدر الاسلام ابو اليسر فى المبسوط فى حيلة من صداق الصغير ان الاب يحتال على نفسه شيئا فيبرا ذمة الزوج عن ذلك القدر ولو كان الاب مثل الزوج فى الملاءة فينبغى ان يصح ايضا, تعليقات ابن عابدين على البحر فى الحولة

Velî ve vasînin havâle alması: Deyn, velî veya vasînin akdiyle lâzım olduğunda bu deyni velî veya vasî muhîlden melî olan şahıs üzerine havâle etmesi sahîh ve lâzımdır. Velî veya vasî bu vechile akd-i havâle ettikden sonra sabî bâliğ olsa, havâleyi feshedemez.

Velî veya vasînin kendilerinin akidleriyle lâzım olan borcu muhîlden daha fakir ve hatta, bütün bütün müflis olan şahıs üzerine havâle edebileceğine ve fakat bu takdirde velî ve vasîye zamân lâzım geleceğine İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed hazerâtı kâil olmuşlardır.

İmam Ebu Yusuf hazretlerine göre yine havâle sahîh olmaz. *(Âdâbü'l-evsıyâ' fi'l-havâle)*

Nitekim vasî, bu medyûnu kâmilen veya bâzan ibrâ veya deyni te'cîl ettiğinde, deyn-i mezkûr vasînin akdinden dolayı ise, İmam-ı A'zam ile İmam Muhammed hazerâtına göre sahîh ve vasî zâmin olur. İmam Ebi Yusuf hazretlerine göre sahîh değildir. *(Tenvir ve şerhuhû fî bâbi'l-vâsî ve Âdâbü'l-evsıyâ fî faslin fi's-sulh)*

Bu maddedeki "şu kadar ki.... ...ilâ âhirihî" ibâresi mârruz-zikr iki mezhebden hasran birisini tayin eylemez. Nitekim *Mecelle*'nin 1539. ve 1540. maddeleri dahi sâlifü'z-zikr iki mezhebden birini tayin eyleyemeyeceği gibi... Felyeteemmel.

Bi'l-ikrâh havâle: Havâlenin sıhhâtînde muhâlün-leh ile muhâlün-aleyhin rızâsı şarttır. (680. madde şerhine bakınız.) Binâenaleyh bir kimse ikrâh-ı muteber ile havâle alsa veya havâleyi kabûl etse sahîh olmaz.

Meselâ muhâlün-leh, "Havâle ikrâh-ı muteber ile olmuş idi." diye iddiâ ve isbat etdiğinde, alacağını muhîlden alır. *(Ali Efendi ve Behce ve Hindiyye ve Redd-i muhtâr)* (1006. ve 1007. maddelere bakınız.)

686. MADDE

[**Muhâlün-aleyhin muhîle medyûn**] veyahut muhâlün-aleyh nezdinde muhîlin emânet, veya mağsûb malı [**olması**] sıhhat-i havâlede [**şart olmayıp, muhîlin anda alacağı**] ve yedinde emânet veya mazmûn gibi hiçbir malı [**olmazsa da havâlesi sahîh**] ve 679. madde şerhinde beyân olunduğu üzre bu havâle, havâle-i mutlaka [**olur.**] *(Redd-i muhtâr)*

Hatta muhâlün-aleyh, benim muhîle borcum yoktur diye kabûl-i havâleden sonra muhâlün-bihi muhâlün-lehe vermekten imtinâ' edemez. *(Ali Efendi)* Havâle eğer muhîlin emriyle ise muhâlün-aleyh bade'l-edâ' muhîle rücû' eder. (691. maddeye bakınız.)

Havâlede şart-ı mezkûr olmadığından, havâle 678. ve 679. maddelerdeki aksâma inkısâm eyler. Yâni havâlede şart-ı mezkûr olması lâzım gelse, havâle nefsü'l-emrde yalnız mukayyede olarak mevcûd ve mutlaka olarak gayr-i mevcûd olması lâzım gelir ve binâena-

leyh havâlenin 678. ve 679. maddelerdeki aksâma taksîmi, (taksîmü'ş-şey' ilâ nefsihi ve ilâ gayrihi) olur idi.

Lakin muhîlin, muhâlün-lehe deyni bulunması şart olduğu 673. maddede beyân olunur. Mezheb-i Şâfi'î'ye göre muhâlün-aleyhin muhîle medyûn olması şarttır. Binâenaleyh muhâlün-aleyh muhîle medyûn bulunmasa havâle sahîh olmaz. Vâkı'â muhâlün-aleyh muhîle medyûn değil iken havâleyi bi'l-kabûl deyni tetavvu'an te'diye etse câiz olur ise de, bu muâmele gayrin borcunu te'diyeden ibâret olup, yoksa havâle değildir. *(Bâcûrî)*

Lahika: Kefîlli deynde hem medyûn, hem de kefîl üzerine havâleye dâirdir.

Bir kimse dâyinini havâle-i mukayyede ile medyûnu üzerine havâle ettikden sonra, medyûn-ı merkūmun kefîli üzerine dahi, kefîl zimmetine hasbe'l-kefâle lâzım gelen mezkûr deyn ile mukayyed olarak diğer dâyinini havâle etse, bu ikinci havâle sahîh olmaz. Çünkü medyûn-ı merkūm, asîl olan o kimsenin mutâlebesinden berî olur. Asîlin berâetinden kefîlin dahi berâeti lâzım gelir.[6]

687. MADDE

Muhâlün-bihin deyn-i sahîh olması sıhhat-i havâlede şarttır. Nitekim 673. maddeden dahi anlaşılır.

Binâenaleyh, a'yân-ı mevcûdenin havâlesi sahîh olmadığı gibi, [**her deyn ki ona kefâlet sahîh olmaya**] o deynin [**havâlesi dahi sahîh olmaz.**] Çünkü kendisine kefâlet sahîh olmayan deyn, deyn-i sahîh değildir. *(Redd-i muhtâr ani'l-Hindiyye)*

Bu deyn 631. maddede ve şerhinde (kemâ yelîku) îzâh olunmakla, burada tekrara hacet yoktur.

A'yânın havâlesi sahîh olmadığına misal: Vedî' yedinde aynen mevcûd bulunan elli lira, veya yirmi kile buğday vedî'a ile, mûdi'i diğer bir şahıs üzerine havâle etse sahîh olmaz. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim buna kefâlet dahi sahîh değildir.

Deyn-i gayr-i sahîhin havâlesine misal: Bir kimse, diğer kimesne ile kumar oynayıp da, o kimse o kimesneye kumardan dolayı on altun tedeyyün ettikten sonra o kimse, o kimesneyi bu on altun ile şahs-ı âhar üzerine havâle ve o da kabûl eylese havâle bâtıl olur.

---

6 ولو احال اولا على الكفيل ثم بذلك على المديون او كانت الحوالتان معا والكفالتان معا صحتا, انقروى فى الحوالة. وفيه انه يلزم من هذا استيفاء المحيل حقه من المديون والكفيل معا والحال انه يلزم من إيفاء احدهما برائة الاخر على ما مر من الكفالة. (شارح)

Nitekim bir kimse diğer kimesneyi şu kadar kuruş cerîmeye kestikden sonra, o kimse dâyinini mezkûr cerîmeden vermek üzre o kimesne üzerine havâle-i mukayyede ile havâle etse sahîh olmaz. *(Ali Efendi)*

Muhâlün-aleyh ile muhîlin, deynin sıhhâtînde ihtilafları: Bu takdirde muhâlün-aleyh, muhâlün-bih kumar, lâşe, veya hür olan benî âdem parası olmakla 687. maddeye mebni havâle sahîh değildir diye muhîlin gıyâbında muhâlün-lehden dava ettiğinde muhâlün-leh, muhâlün-aleyhin bu iddiâsını ikrar ve tasdîk eder ise, muhâlün-aleyh üzerine bir şey lâzım gelmez. Bu sûretde muhîl hazır olup da, muhâlün-bihin karz parası idiğini iddiâ ve muhâlün-leh dahi tasdîk ettiğinde, mezkûr paranın te'diyesi muhîl üzerine lâzım gelir ise de muhâlün-aleyh üzerine bir şey lâzım gelmez. (78. maddeye bakınız.) Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle olduğu 631. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

Amma muhâlün-leh inkâr ettiğinde, muhîlin gıyâbında, muhâlün-leh üzerine, muhâlün-aleyh tarafından şâhid ikāme olunamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

688. MADDE

[**Her deyn ki ona kefâlet sahîh ola**] o deynin [**havâlesi dahi sahîh olur.**] Çünkü kendisine kefâlet sahîh olan deyn, deyn-i sahîhdir. *(Redd-i muhtâr ani'l-Bezzâziyye)*

Binâenaleyh, semen-i mebî', bedel-i icare, karz gibi düyuna kefâlet, sahîh olduğu gibi bunların havâlesi dahi sahîhdir. *(Behce)*

[**Fakat**] 630. maddede beyân olunduğu üzre mal-ı mekfulün-bihin mâlûmiyyeti şart değil iken [**muhâlün-bihin mâlûm olması lâzımdır.**]

Bu "fakat....." fıkrası, fıkra-i sâbıkanın, yâni "her deyn ki...." fıkrasının müstesnâsını beyân ediyor. Atî "binâenaleyh ...." kelamı dahi bu fıkra-i istisnâiyye üzerine tefri'dir. [**Binâenaleyh deyn-i mechûlün havâlesi sahîh olmaz.**] Her ne kadar ona kefâlet sahîh ise de.

[**Mesela**] bir kimse diğer kimesneye [**filanda sâbit olacak alacağını**] üzerime [**havâleten kabûl ettim dese**] de, o da râzı olsa [**havâle sahîh**] ve "filan" da o kimesnenin alacağı sâbit olduğunda o kimse bu havâleden dolayı tediyeye mecbûr [**olmaz.**] *(Bahr ve Redd-i muhtâr)* Zîra havâle, nakl-i zimmetden ibârettir. Ve bu nakil ile muhîl berî oluyor. Bu nakilden sonra artık muhîlden nesne taleb olunamayacağından ba'de'n-nakl muhîl aleyhine dava edilerek zimmetin isbatı mümkün değildir. Lakin kefâlet zamm-ı zimmet olmakla ba'de'l-kefale asıldan mutâlebe olunmak ve isbat-ı deyn edilmek mümkün olur. Bu cihetle deyn-i mechûle kefâlet câiz iken havâle-i mechûl câiz olmuyor.

687. ve 688. maddelerin nazîrleri kitab-ı kefâletde 631. maddede cem' edilmiş olmakla, sibâk-ı mezkûre enseb olan 687. ve 688. maddeler bir maddede cem' edilmek idi.

689. MADDE

[**Asâleten zimmet**]-i medyûn [**a müterettib olan**] semen-i mebî‘, bedel-i icâre, karz, zamân, mütlefât, bedel-i mağsûbât gibi [**düyun-ı sahîhanın havâlesi sahîh olduğu gibi, cihet-i kefâlet ve**] cihet-i [**havâleden dolayı zimmet**]-i kefîl, veya muhâlün-aleyh[**e müterettib olan deynin havâlesi dahi sahîh olur.**] *(Redd-i muhtâr)* Lakin cihet-i kefâletden dolayı medyûna müreretti̇b deynin bir kısmı da deyn-i mechûl olup, bunun ise havâlesi câiz olmadığı madde-i ânifede beyân olunmuştu. Nitekim, bu düyuna kefâlet dahi sahîh olur.[7]

Bu madde, madde-i ânifenin fıkra-i ûlâsının fer‘i olmakla ona tefrî‘an îrâdı münâsib idi. Meselâ bir kimsenin semen-i mebî‘ veya cihet-i karzdan olan bin kuruş borcunun havâlesi sahîh olduğu gibi, o kimse birinin borcuna kefîl olduktan sonra hasbe'l-kefâle zimmetinde lâzım gelen meblağını diğerinin üzerine havâle etmesi dahi sahîh olur. Nitekim 668. maddede beyân olunmuştur.

Hatta bir kimse semen-i mebî‘a kefîl olduktan sonra bayi‘i semen-i mezkûr ile bir şahıs üzerine havâle ettiğinde, bâyi‘in semen-i mezkûrü muhâlün-aleyhden alması lâzım gelir. Yoksa müşteriden taleb edemez. (690. maddeye bak.)

Keza, bir kimse kendi üzerine havâleten aldığı bin kuruş borcu âhar şahıs ve belki yine muhîl üzerine havâle eylese sahîh olur. Madde-i âtîyeye mebnî, muhâlün-aleyh o kimse borçtan berî olarak, borç o şahsa veya muhîl-i evvele intikāl eyler.

7 ولو كان المحتال عليه احاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا فى الاصل وكما يصح التحويل من الذمة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة اخرى, مبسوط سرخسى فى الحواله, نقول بهجه.

BÂB-I SANÎ

Ahkâm-ı havâle beyânındadır.

Ahkâm, hükmün cem'idir. Burada hükümden, eser-i müterettib ma'nâsı kasd olunuyor. Yâni havâlenin hükmü demek, havâle üzerine müterettib eser demektir. Bu eser, burada muhîlin berâeti gibi şeyler olup madde-i âtîyenin hükmü, havâlenin her kısmında cârîdir. Bu babdaki mesâil-i mühimmenin hulâsası burada derc olunur.

Hulâsa-i Bâb-ı Sânî

Ahkâm-ı Havâle

1

AHKÂM-I UMÛMİYYE

Hükm-i evvel: Muhîl borcundan muvakkaten berî olur; çünkü havâle nakl ve tahvîldir. Bu ise ancak asîlin zimmetinin ferağıyle tahakkuk eder. Kefîl var ise o da berî olur; çünkü asîlin berâetinden kefîlin berâeti lâzım gelir. "Muvakkaten" kaydı, tevâ ve fesh-i havâle sûretiyle hükm-i havâlenin intihâsiyle deynin zimmet-i muhîle avdet eylemesi cihetlerinden ihtiraz içindir.

Tevâ: Muhâlün-leh deynini kable'l-istîfâ deyn-i mezkûrün muhâlün-aleyhde tevâsiyle havâle nihayet bulur. Borç muhîle avdet eder. Zîra muhîlin berâeti, muhâlün-lehin hakkının selâmetiyle meşrû'ttur. Selâmet ma'dum olunca berâet dahi zâil olur. İmam Şafi'î'ye göre borç asla muhîle avdet etmez. Çünkü, "***es-sâkıtu lâ ye'ûdü***". Tevâ İmam-ı A'zam'a göre iki vechile olur:

> **1. Vecih:** Muhâlün-aleyhin havâleyi inkâr eyleyip de muhîl ile muhâlün-lehin havâleyi isbât edecek beyyineleri olmamasıyla,
>
> **2. Vecih:** Müflisen vefâtîyle -kefîli varsa- muhîle mürâca'at olunmaz.

İmameyn kavlince tevâ bu iki sûretden mâada bir de ber-hayât bulunan muhâlün-aleyhin iflasına hükm-i lâhik olmakla olur.

Müstesnâ: Muhâlün-aleyh muhâlün-lehi sânîyen muhîl üzerine havâle etd iğinde, evvelen muhîl, yâni sânîyen muhâlün-aleyh olan şahısda deynin tevâsîyle borç sânîyen muhîl olana avdet etmez.

Fesh-i havâle: 1- İkāle ile 2- Hıyâr-ı şartla olur.

Hükm-i sânî: Muhâlün-aleyhden o borcu mutâlebe etmek hakkı, muhâlün-lehe sâbit olur.

2

AHKÂM-I HUSÛSİYYE

Havâle-i mukayyedede: Muhîlin muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki malından dolayı hakk-ı mutâlebesi munkatı' olur. Zîra havâle muhâlün-aleyh zimmetinde bulunan mal ile takayyüd ettiğinden, tâlibin hakkı ona ta'alluk eyledi; muhâlün-aleyh artık onu muhîle veremez. Verse zâmin olur ve muhîle rücû' eder. Kable'l-edâ muhîl, terekesi müstağrak-ı düyûn olarak vefat etse, guramâ o mala müdâhale edemezler.

Bir kimse kendisinin muayyen malını satıp da semeninden edâ etmek üzre, muhâlün-leh, dâyini muhâlün aleyh üzerine havâle ve o da kabûl etse sahîh olur ve muhâlün-aleyh evvelen o malı bey'a, sânîyen semeninden deyni îfâya cebrolunur. Çünkü muhîlin emriyle o malı bey'a tevkîl edilmiştir.

Havâle-i mukayyedede borcun muhîle avdet ettiği mesâil:

Mes'ele-1: Bâyi'in müşteri zimmetinde semen-i mebî'den olan matlûbdan verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede mebî' kable't-teslim helâk olup da semen sakıt olsa, veyahut mebî' hıyâr-ı şart , ru'yet, ayb ile redd olunsa, veya ikāle-i bey' edilse havâle bâtıl olmaz. Çünkü muhâlün-aleyh medyûn olmasa dahi havâle sahîhdir. Muhâlün-aleyh bade'l-edâ muhîle rücû' eder. Amma mebî' bi'l-istihkāk zabtolunmakla muhâlün-aleyhin o deynden berâeti tebeyyün etse havâle bâtıl olur. Müşteri semeni dilerse muhîlden, dilerse muhâlün-lehden alır. Çünkü havâle fâsiddir

Tevâ sûretiyle, **Mes'ele-2**: "Muhîlin muhâlün-aleyh yedinde emânet meblağından verilmek üzre" diye mukayyed olan havâlede emânet-i mezkûre bi'l-istihkāk zabt olunsa havâle bâtıl olur. Çünkü mal, sâhibine vâsıl olunca gāsıb ve gāsıbü'l-gāsıb zamândan berî olur. Borç, muhîle avdet eder.

Mes'ele-3: "Muhîlin muhâlün-aleyh yedindeki meblağdan verilmek üzre" diye mukayyed olan havâlede o meblağ telef olduğunda mazmûn değilse (emânet gibi) havâle batıldır. Zîra muhâlün-aleyh deyni o maldan vermek üzre havâleyi iltizâ etmiş idi. Borç muhîle avdet eder. Eğer mazmûn ise havâle bâtıl olmaz.

Havâle-i mübhemede: Deyn eğer muhîl üzerine mu'accel ise havâle mu'accel olup muhâlün-aleyhin hemen te'diyesi, ve mü'eccel ise havâle de mü'eccel olup vâdesi hulûlinde edâsı lâzım gelir. Deyn muhîle avdet etse bile ecel yine bâkīdir.

Eb ve vasî, sabînin peşin alacağını "eğer bu alacak kendi akidleri neticesi değilse" mü'eccelen havâle etmeleri sahîh değildir.

3

HAVÂLEDEN BERÂETE DÂİRDİR

1- Bir kimse medyûnu üzerine dâyinini havâle-i mukayyede ile havâle ettiğinde, medyûn, o kimseye olan deyninden berî olduğu gibi kefîli dahi berî olur. Meselâ mürtehin, birini râhin üzerine havâle ettiğinde, artık rehni habs ve tevkīfe salâhiyyeti kalmaz.

2- Muhâlün-aleyh deynden suver-i âtiye ile berî olur:

1- Muhâlün-bihin edâsiyle,

2- Muhâlün-bihi diğer birinin üzerine havâlesiyle,

3- Muhâlün-lehin muhâlün-aleyhi ibrâsiyle

4- Muhâlün-lehin muhâlün-bihi hîbe ve tasadduk edip de muhâlün-aleyhin dahi kabûl etmesiyle.

3- Muhâlün-leh vefat edip de muhâlün-aleyh ona hasran vâris olsa, havâlenin hükmü kalmaz. Çünkü muhâlün-aleyhden muhâlün-bihi mutâlebe edecek kimse kalmamıştır.

Muhâlün-aleyhden başka vâris olursa muhâlün-aleyh ancak kendi hisse-i irsiyyesi miktarında deynden berî ve diğer vârislerin hisseleriyle mutâleb olur.

690. MADDE

[**Havâlenin**] birinci [**hükmü budur ki**] muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden gerek kabz etsin, gerek henüz kabzetmesin [**muhîl borcundan ve kefîli var ise**] o dahi 662. maddeye mebnî [**kefâletden**] muvakkaten [**berî olur.**] Ve artık muhâlün-leh muhîle rücû' edemez. Meğer ki tevâ bulunsun. Nitekim karîben îzâh olunur.

Muhîl borcundan berî oldu. Zîra havâlenin ma'nâsı nakl ve tahvîldir. Nakl ve tahvîl ise, ancak asîlin zimmetinin ferağıyla tahakkuk eder.

Kefîl dahi berî oldu. Zîra 662. maddede zikrolunduğu üzre asîlin berâetinden kefîlin dahi berâeti lâzım gelir.

Muhîlin borçdan berâeti üzerine müteferri' mesâil:

1. Mes'ele: Muhîl, borcundan berî olmakla muhâlün-leh veya vekili alacağını muhîlden ve muhîl vefat etmiş ise terekesinden taleb edemez. Hatta muhâlün-aleyh gaybûbet etmekle borç ondan mutâlebe edilmek muhâlün-leh için müteazzir olsa, mezkûr borcu muhâlün-leh, muhîlden taleb eyleyemez.[1]

2. Mes'ele: Havâlesi icrâ kılınan bir deynin mukābilinde muhîl, muhâlün-lehe rehin verse sahîh olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel mine'l-havâle)* Zîra 701. maddeden anlaşılacağı üzre, rehin bir malı bir hak mukābilinde mahbûs kılmak demek olup, mukābili olan hak ma'dûm olunca rehin sahîh olmaz. Ba'de'l-havâle muhâlün-lehin muhîlde hiçbir hakkı kalmadı.

3. Mes'ele: Muhâlün-leh, ba'de'l-havâle, alacağından muhîli ibrâ veyahut alacağını muhîle hîbe etse sahîh olmaz. Havâlenin sıhhâtîne halel gelmez. Hatta bu ibrâdan sonra, muhâlün-aleyh müflisen vefat etse, âtîde beyân olunacağı üzre borç muhîle avdet eder. İbrâ-i sâbık-ı mezkûrün buna hüküm ve tesiri olmaz. *(Tenkîh ve Behce)*

4. Mes'ele: Kefîl, mekfulün-lehi, deyn-i mekfulün-bih ile medyûn olan kimse üzerine havâle edip de o da kabûl etse, kefîl-i merkūm berî olur. *(Redd-i muhtâr)*

[ve] ikinci hükmü budur: Deyn-i mezkûr muhâlün-aleyhe intikāl etmekle [**muhâlün-aleyhden evvel borcu mutâlebe etmek hakkı muhâlün-lehe sâbit olur.**]

İkinci hükme müteferri' bazı mesâil:

1. Mes'ele: Muhâlün-leh, muhâlün-aleyhi muhâlün-bihden ibrâ, veya muhâlün-bihi muhâlün-aleyhe hîbe etdiğinde sahîh olur. (847. maddeye bak.) *(Redd-i muhtâr)*

2. Mes'ele: Muhâlün-aleyhin vefâtîyle, veya mecnûn olmasiyle havâle bâtıl olmaz. Muhâlün-aleyh vefat etdiğinde muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhin terekesinden istîfâ eyler. *(Feyziyye)*

3. Mes'ele: Muhâlün-aleyh iki kimse olur, diğer bir ta'bîrle iki kimse bir deyni ma'an üzerlerine havâleten alırlar ise, her biri nısf-ı deyn ile mutâleb olur. Nitekim kefâletde hüküm böyle idi. (647. maddeye bak.) *(Netice)* Amma kefâletde olduğu gibi havâlede dahi o iki kimseden her biri bir deynin mecmu'unu ayrı ayrı üzerlerine havâle almaları mümkün olmaz.

[ve] üçüncü hükmü budur: Bir kimse medyûnu olan Zeyd üzerine dâyini bulunan bir şahsı havâle-i mukayyede ile havâle etdiğinde, Zeyd o kimseye olan borcundan berî olduğu

---

1 وفائدة برائته انه لو مات لايأخذ المحتال الدين من تركته ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته او من الغرماء مخافة ان يتوى حقه, رد محتار.

gibi kefîli var ise o da berî olur. Bu sûretde muhâlün-leh olan o şahıs alacağını asîlden yâni Zeyd'den taleb eder; yoksa kefîlden değil. Zîra kefîl o şahsın alacağı için değil belki o kimsenin matlûbu için kefîl olmuş idi. *(Redd-i muhtâr)*

Üçüncü hükme müteferri' bazı mesâil:

1. Mes'ele: [**Mürtehin, birini**] -dâyinini- havâle-i mukayyede bi'd-deyn ile [**râhin üzerine havâle etdikde, artık rehni habs ve tevkīfe salâhıyyeti kalmaz.**] Yâni bu havâle ile râhin mürtehine olan borcundan berî olmakla, rehnin râhine reddi lâzım gelir. Zîra *Mecelle*'nin 729. maddesinde beyân olunduğu üzre rehnin hükmü istîfâ-yı deyne kadar onda mürtehinin hakk-ı habsi bulunmaktan ibârettir. Havâle icrâsiyle deyn bi'l-istîfâ 692. madde hükmünce muhîl -mürtehin-in râhin zimmetindeki alacağından hakk-ı mutâlebesi munkatı' olunca, artık rehin habsedilemez. Yoksa bu rehin muhâlün-leh yedinde rehin olarak kalmaz.

2. Mes'ele: 282. maddede beyân olunduğu vechile semen-i mebî'i almak üzre, bâyi', bir kimseyi müşteri üzerine havâle eder ise, bâyi', mebî'deki hakk-ı habsini iskāt etmiş olur. *(Redd-i muhtâr)* Zîra müşteri bâyi'a olan borcundan berî oldu.

Mecelle'nin bu fıkrasında "mürtehin, birini râhin üzerine havâle etse......." denildi. Zîra râhin, borcuyla mürtehini borcuyla birinin üzerine havâle etdiğinde mürtehin, meblağ-ı muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden almadan mürtehinin rehindeki hakk-ı habsi sâkıt olmaz. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'nin mes'elesiyle, bu mes'ele beyninde fark zâhirdir. Çünkü bu mes'elede mürtehinin alacağı henüz eline geçmemiştir. Yâni *Mecelle*'nin mes'elesinde mürtehinin râhinden hakk-ı mutâlebesi sâkıt olduğu cihetle, rehindeki hakk-ı habsi dahi sâkıt olur. Amma şerhin mes'elesinde mürtehinin hakk-ı mutâlebesi bâkīdir. *(Redd-i muhtâr)*

Sahib-i *Zahîre* bu mes'ele -şerhin mes'elesi- İmam Muhammed rahimehü'llahü Te'âlâ'nın mezhebi olduğunu beyân eylemiş ve *Behce* nâm fetevâ-yı Türkiyye'nin Kitab-ı Rehn evâilinde bu vech üzre iftâ edilmiştir. "Sahib-i *Zahîre*" bu mes'eleyi İmam Muhammed mezhebine hasreylemesinden anlaşılıyor ki İmam-ı A'zam ile İmam Ebi Yusuf'a göre mürtehinin hakk-ı habsi sâkıt olur. Fi'l-hakīka müşârun ileyhimânın mezhebleri böyle ise fikr-i âcizîye göre bu mezhebin tercihi lâzım gelir. Zîra İmam Muhammed'den mervî bulunan ve ber-vech-i bâlâ *Behce*'nin müfta-bih addeylediği mezheb üzerine şu suâl vârid olur. Mürtehin, râhindeki alacağını diğer kimesneye havâle, o da havâleyi kabûl eylemesiyle râhin, mürtehine olan borcundan *Mecelle*'nin bu maddesi mucibince berî olur. Çünkü râhinin borcu, muhâlün-aleyhe intikāl etti. Ve ba'de'l-havâle mürtehine karşı medyûn olan râhin değil, muhâlün-aleyh oluyor. Bu halde mürtehin, râhinden almış olduğu rehni muhâlün-aleyh zimmetindeki alacağı mukābilinde habs ve imsak etmeğe ve muhâlün-aleyh, borcunu mürtehine vermez ise mürtehinin o rehni sattırmağa ne hakkı vardır.

Vâkı'â mürtehinin bu mes'elede hakk-ı mutalebesi bâkī ise de bu hakk-ı mutâlebe râhine müteveccih değil; belki muhâlün-aleyhe müteveccihdir. Âti'z-zikr mes'ele, rehnin nazîri iken bunda inde'ş-Şeyhayn, bâyi'in hakk-ı habsi sâkıt oluyor. Mes'ele şudur:[2]

Müşteri, bâyi'i, semen-i mebî'i almak üzre bir şahıs üzerine havâle etdiğinde, İmam-ı A'zam ve Ebû Yusuf rahımehümâ'llahü Te'âlâ'ya göre bâyi'in hakk-ı habsi yine sâkıt olur; İmam Muhammed'e göre sâkıt olmaz. (282. madde şerhine bak.)

Muhîlin berâetinin muvakkat olmasının ma'nâsı:

Şerh-i madde esnâsında zikrolunduğu vechile, muhîlin borcundan berâeti muvakkattir. Hükm-i havâlenin müntehî olmasiyle mezkûr borç ba'zan muhîle avdet eder.

Hükm-i havâle iki vechile nihâyet bulur:

Vech-i evvel- tevâdır. Havâle-i mutlakada muhâlün-leh alacağını kable'l-istîfâ matlûb-ı mezkûrün muhâlün-aleyhde tevâsiyle havâle nihâyet bulur; borç muhîle avdet eder.

Diğer bir ta'bîrle muhâlün-lehin alacağı, muhâlün-aleyhde telef olur ise, havâle olunan deyn muhîle avdet ederek muhîlin vermesi lâzım gelir. Nitekim havâle-i mukayyedede dahi bazan borç muhîle avdet eder. (693., 694. ve 695. maddelere mürâca'at ediniz.)

Tevâ ile borcun muhîle avdeti sebebine gelince, mebî'in ayıbdan selâmeti meşrût olduğu gibi muhîlin berâeti dahi muhâlün-lehin hakkının selâmetiyle meşrûtdur. Selâmet ma'dûm olunca berâet dahi zâil olarak muhâlün-lehin muhîle rücû' eylemesi lâzım geldi.

İmam Şâfi'î rahimehü'llahü Te'âlâ "tevâ ile muhâlün-leh muhîle rücû' edemez. Tevâ ne sûretle olur ise olsun. Zîra muhâlün-lehin muhîldeki hakkı sâkıt olmuştur. Sâkıt ise avdet eylemez." Hatta inde'l-havâle "Tevâ ile muhîle rücû'u şart etse, bu şartla havâle sahîh değildir. Zîra şart-ı mezkûr, mukteza-yı havâleye muhâliftir." buyurulmuştur. *(Bacûrî)*

Tevâ, yâni telef-i deyn İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre ancak iki vechile hâsıl olur:

Birincisi: Muhâlün-aleyh havâleyi inkâr ettiği halde ne muhîl, ne de muhâlün-leh havâleyi isbat edemeyerek muhâlün-aleyhin havâleten borcu üzerine almadığına dâir yemin eylemesiyle. Ber-vech-i meşrûh havâle beyyine ile isbât olunamadığı sûretde adem-i havâlede söz, yemini ile muhâlün-aleyhindir. (76. maddeye bakınız.) *(Dürer)* Amma muhâlün-lehin veya muhîlin havâleyi isbat edecek beyyinesi bulunmakla havâleyi isbat etse kîfâyet edeceğinden tevâ tahakkuk etmez.

---

2 ووجه ظاهر وهو ان البايع والمرتهن اذا احالا غريما لهما على المشترى او الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما فى الحبس بخلاف ما لو احيلا فان مطالبتهما باقية, رد محتار.

İkincisi: Muhâlün-aleyhin müflisen vefâtîyle, yâni havâle olunan deyni ödeyebilecek malı ve o deynin cem'îsine kefîli olmayarak vefat eylemesiyle. Zîra bu sûretde muhâlün-aleyhin zimmeti harab olmuştur.[3]

Amma vefât eden muhâlün-aleyhin kefîli bulunur ise, kefîl-i merkūm gerek mekfulün-lehin emriyle, gerek bilâ-emir kefîl olmuş olsun ve kefâlet gerek mu'accele, gerek mü'eccele ve gerek ba'de'l-ihâle te'cil edilmiş bulunsun 643. maddeye mebnî borç kefîlden mutâlebe olunup muhîle avdet etmez.[4]

Amma muhâlün-aleyh îfâ-yı deynden aczi mülâbesesiyle gāib olup nerede olduğu belli olmasa, müflisen vefâtı sâbit olmadıkça, muhâlün-aleyhin mücerred hayâtında îfâ-yı deynden aczi veyahut gaybeti cihetiyle Ondan istîfâ-yı deynin ta'azzürüyle deyn muhîle avdet etmez. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-babi'l-evvel)*

İmameyn rahimehümâ'llahü Te'âlâ'ya göre tevâ, Bâlâda beyân olunan iki vecihden başka üçüncü bir sebep ile dahi hâsıl olur. Şöyle ki: Muhâlün-aleyhin te'diye-i deyne adem-i iktidârı sâbit olup da hâkim muhâlün-aleyhin iflasına hükmetmesiyle dahi tevâ tahakkuk eder. Zîra bu sûretde hâkim tarafından muhâlün-aleyhin iflasına hükmolunarak, muhâlün-lehin muhâlün-aleyhe mülâzemetinden kat' etmesiyle, muhâlün-leh hakkını istîfâdan aciz kalmakla tevâ tahakkuk eder. Bu acz dahi cuhûd-ı havâle ve muhâlün-aleyhin müflisen vefâtîyle acz gibidir. *(Bahr)* Lâkin muhâlün-aleyh esnâ-yı havâlede müflis olup da, muhâlün-leh dahi bunu bildiği halde havâleyi kabûl etse, sonra muhîle rücû' edebilir mi? Bâlâda tevâ ile borcun muhîle avdeti hakkındaki sebebe göre rücû' edememek lâzım gelir. Bunda muhâlün-leh, tetkîk ve tefahhusu terk etmekle taksîr etmiş oluyor. Bu mes'elede dahi inde'ş-Şafi'î rücû' edemez. *(Bacûrî)*

Fakat, kütüb-i fıkhiyyenin metin ve şerhlerinde tevâda, İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Tāla'nın mezhebi, yâni tevâ yalnız sâlifü'z-zikr iki evvelki sebeplerle hâsıl olabileceği tercih olunmuştur. Hatta ***Redd-i muhtâr*** sâhibi "İmameyn rahimehümâ'llahü Te'āla'nın kavillerini tercih edeni görmedim." demiştir. Lakin şeyhülislam-ı meşhur Çatalcalı Ali Efendi, İmameyn-i müşârun ileyhimânın mezhebleri üzre, üçüncü sebeble dahi tevânın tahakkuk edeceğine dâir fetvâ vermiştir.

Muhâlün-aleyhin müflisen vefâtı sûretiyle olan tevâ dahi iki kısımdır:

Kısm-ı evvel: Küllen tevâdır. Bu da muhâlün-bihin hiçbir miktarı almak için muhâlün-aleyhin malı veya kefîli veya rehni bulunmamakla olur.

---

3 لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى فى الحقيقة, بحر.

4 وان لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن.

Kısm-ı sânî: Bâzan tevadır. Muhâlün-bihin yalnız bâzısını ödeyebilecek malı terkle vefât etdiğinde, muhâlün-aleyhin terekesinden zuhur eden ve taksîm-i guramâdan hissesine isâbet eyleyen malı alır. Bâkīsiyle muhîle rücû' eder. *(Hayriyye fi'l-havâle)*

Nitekim muhâlün-bihin yalnız bazısına kefîl bulunduğu halde muhâlün-aleyh müflisen vefât etse, kefîl bulunmayan miktarda tevâ tahakkuk etmekle, muhâlün-leh ol miktâr ile muhîle rücû' eder. *(Redd-i muhtâr)*

İstisna: İşte ber-vech-i meşrûh tevâ ile deyn, muhîle avdet eder ise de âti'z-zikr mes'ele bundan müstesnâ olarak bunda tevâ ile deyn muhîle avdet eylemez. Mes'ele şudur:

Muhâlün-aleyh, muhâlün-lehi sânîyen muhîl üzerine havâle etdiğinde, evvelen muhîl yâni sânîyen muhâlün-aleyh olan şahısta deynin tevâsiyle borç evvelen muhâlün-aleyhe, yâni sânîyen muhîl olan kimseye avdet eylemez. Diğer bir ta'bîrle bir kimsenin bir şahsa olan borcunu diğer kimesne üzerine havâle ettikden sonra, o kimesne dahi mezkûr deyni yine o kimse üzerine havâle edip de mezkûr borç o kimsede telef olsa, deyn-i mezkûr o kimesne üzerine avdet eylemez. *(Redd-i muhtâr)*

Vech-i sânî: Fesh-i havâledir. Bu dahi iki nev'dir:

Nev'-i evvel: İkāle ile feshdir. Yâni havâle, muhâlün-leh ile muhîlin feshiyle münfesih ve bu takdirde muhâlün-aleyh berî olur. Borç ve mutâlebe muhîle avdet eder, zîra havâlede, malı mala mübâdele ma'nâsı vardır. Binâenaleyh, bey' ve icâre gibi bu da fesh ve ikāleye muhtemel olur. *(Bedayi' fi'l-havâle)*

Nitekim bir kimse diğer kimesnedeki alacağını âhar bir şahs üzerine havâleten alıp, muhâlün-aleyhden havâle olunan deyn için senet aldıktan sonra, muhâlün-lehe, muhâlün-aleyhin müflis olduğu haber verilmekle, muhîl muhâlün-lehe "Muhâlün-aleyhden aldığın senedi bana iade et de havâleyi terk et." dediğinde, o da senedi iade etse, lisâniyle bir şey söylemese bile havâle münfesih olur. *(Bezzâziyye)*

Nev'-i sânî: Hıyâr-ı şartla fesihdir. Bu hıyâr-ı şart ya muhâlün-leh için olur[5] veya muhâlün-aleyh için olur. Bu sûretde muhâlün-aleyh, müddet-i hıyârında havâleyi fesh etdiğinde münfesih olarak borç muhîle avdet eder.

---

5 Havâlede muhâlün-leh için hıyâr şart etmek sahîh olur. Bu takdirde muhâlün-leh muhayyerdir. Dilerse havâleyi imza eder; ister ise havâleyi reddederek muhîle rücû' eyler. (Hindiyye) Kitab-ı büyû'ın bâb-ı sâdisinin fasl-ı evvelî şerhine mürâca'at ediniz.

Nitekim muhâlün-leh dilediği vakit muhîle rücû' etmeğe hakkı bâkî kalmak üzre havâle etse sahîh ve şart muteber olur. «82. ve 649.» maddelere bak. Bu takdirde muhâlün-leh muhayyerdir. Alacağı dilerse muhîlden ve ister ise muhâlün-aleyhden alır. (Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-havâle)

Tevâya dâir bazı mesâil:

1. Mes'ele: Muhâlün-aleyh, gāib iken muhâlün-leh, muhâlüh-aleyhin havâleyi inkâr ve yemin ettiğini iddiâ ile muhîle rücû'unu kasd etdikde, muhîl tasdîk eder ise sahîh ve muhâlün-leh ona rücû' eder. Amma tasdîk eylemez ise, muhâlün-aleyhin gāibinde bu davası sahîh ve beyyinesi mesmû' olmaz. Muhâlün-aleyh hazır olup da havâleyi inkâr etdiğinde, havâle isbât olunamaz ise söz, havâle almadığı hakkında muhâlün-aleyhindir. Nitekim, şerh-i madde esnâsında zikrolunmuş idi. (77. maddeye bakınız.) *(Redd-i muhtâr fi âhiri'l-havâle ve Behce ani'l-Bahr)*

2. Mes'ele: Muhâlün-leh, muhâlün-aleyhin müflisen vefât ettiğini dâvâ ve muhîl meliyyen yâni zengin olarak vefâtını iddiâ etdiğinde söz, yesârını bilmediğine yemini ile muhâlün-lehindir. Zîra muhâlün-leh, zâhir ve aslı iddiâ ediyor ki, o da usret ve adem-i yesârdır. Bu takdirde muhâlün-leh muhîle rücû' eder. *(Hamiş-i Ankaravî fi'l-havâle ve Hindiyye fi'l-babi'l-evvel mine'l-havâle)*

3. Mes'ele: Muhâlün-aleyh, müflesin vefât ettikden sonra muhîl, "Hayâtında muhâlün-bihi ondan istifâ etmiş idin." ve muhâlün-leh, "İstîfâ etmedim, müflisen vefâtîyle sana rücû' ederim." diye ihtilaf ettiklerinde, muhâlün-bihi kabz etmediğine yeminiyle söz muhâlün-lehindir. Zîra muhâlün-leh asl olan adem-i istîfâ ile temessük ediyor ki, istîfâ bir sıfat-ı ârızâ olarak onda asıl olan ademdir. (9. maddeye ve şerhine ve 76. maddeye bakınız.) *(Bezzâziyye fi'l-havâle)*

4. Mes'ele: Muhâlün-aleyh vefât ettikden sonra, lede'l-murâfa'a, hâkim muhâlün-aleyhin malı bulunduğunu bilmediği cihetle, müflisen vefâtından dolayı butlân-ı havâleye ve deynin zimmet-i muhîle avdetine ba'de'l-hükm muhâlün-aleyhin melî bir kimsede alacağı veya bir şahısda vedî'ası gibi bir malı zuhur etdiğinde, hâkim hükm-i mezkûrü ibtal eder. Yâni geri alır. (72. maddeye bakınız.) *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel)*

Bu takdirde muhâlün-leh, muhîlden parayı almış ise geri iâde ve muhâlün-aleyhin zuhur eden malından istîfâ-yı deyn eyler. *(Hindiyye)*

Muhâlün-bihe karşı rehin veya kefîl bulunduğu halde tevânın tahakkuku:

5. Mes'ele: Muhâlün-leh yedinde, muhâlün-bihe mukābil rehin bulunup, mezkûr rehin müste'âr veyahut -bir kimse teberru'an kendi malını rehnetmek gibi- rehn teberru' olduğunda muhâlün aleyh müflisen vefât edince rehn-i mezkûr rehniyyetten çıkarak borç muhîle avdet ve sâhib-i rehin malını istirdâd eder. Muhâlün-leh mezkûr rehni bey'a gerek me'zûn bulunsun, gerek bulunmasın. Hatta muhâlün-leh, rehn-i mezkûrün bey'ine me'zun olup da onu bey' ettikden sonra semeni kabz etmeden, muhâlün-aleyh müflisen vefât etse, deyn, muhîle avdet ve semen-i mezkûr rehin sâhibine ric'at eyler. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-babi'l-evvel)*

Muhâlün-aleyhin müflisen vefatiyle rehn-i mezkûr ber-vech-i bâlâ halâs olmuş iken, sâhibi henüz geri almadan, rehin muhâlün-aleyh yedinde iken telef olsa, mukābili olan deyn sâkıt olur. Nitekim kitâb-ı rehn şerhinde tafsîl edilecektir. Bu takdirde bakılır: Sahibi, mezkûr malı teberru'an terhîn eylemiş ise hiçbir kimseye rücû' edemez. Amma muhâlün-aleyhin emriyle rehneylemiş ise, muhîle rücû' edebileceği gibi muhâlün-aleyh o malı bi'l-isti'âre terhin eylemiş ise, mu'îr dahi muhîle rücû' eder. *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel mine'l-havâle)*

6. Mes'ele: Muhâlün-aleyh, muhâlün-bihe kefîl-bi'l-mal verdikten sonra müflisen vefât eylemiş iken, muhâlün-leh kefîli ibrâ etdiğinde, tevâ sâbit olarak deyn, yine muhîle avdet eyler. *(Redd-i muhtâr)*

Borcun muhîle avdeti hakkındaki mesâilin hulâsası:

Borcun muhîle avdeti hakkındaki mesâil iki kısma münkasimdir.

Kısm-ı evvel: Havâle-i mutlakada olan avdetdir. Bu sûretde borç muhîle âtî'l-beyân dört mes'elede avdet eder.

1. Mes'ele: Muhâlün-bihin muhâlün-aleyhde tevâsı ile borç muhîle avdet eder. Tevâ hakkında tafsîlat-ı lâzime geçti.

2. Mes'ele: Muhîl ile muhâlün-lehin fesh ve ikāle-i havâle etmeleriyle havâle münfesih ve borç muhîle avdet eder.[6]

3. Mes'ele: Muhâlün-leh için hıyâr şart edilip de bi-hükmi'l-hıyâr havâleyi fesh etdiğinde, borç muhîle avdet eder.

4. Mes'ele: Muhâlün-aleyh için hıyâr şart edilip de bi-hükmi'l-hıyâr havâleyi fesh etmesiyle havâle münfesih olur. *(Redd-i muhtâr fi hıyâri'ş-şart)*

Kısm-ı sânî: Havâle-i mukayyedede olan avdetdir. Bu takdirde borç, şu âtî'z-zikr üç mes'elede muhîle avdet eder.

1. Mes'ele: 693. madde vechile bâyi'in müşteri zimmetinde semen-i mebî'den olan alacağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede mebî'a müstahık çıkıp da mebî' zabt olunmakla, muhâlün-aleyhin o deynden berî olduğu tebeyyün etse havâle bâtıl olur; borç muhîle avdet eder.

2. Mes'ele: 694. maddede zikrolunduğu üzre "muhîlin muhâlün-aleyh yedinde emânet olan mal ve meblağından verilmek üzre" diye mukayyed olan havâlede, mezkûr mala müstahık çıkıp da o mal zabt olunsa havâle bâtıl olur; borç muhîle avdet eder.

6 وفى البزازية المحيل والمحتال يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه, رد محتار فى الحوالة.

3. Mes'ele: 695. madde mûcibince muhîlin muhâlün-aleyh yedindeki meblağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede, o meblağ telef olduğu sûretde, meblağ-ı mezbur mazmûn değil ise havâle bâtıl olur; borç muhîle avdet eder.

691. MADDE

[**Muhîl**]'in "muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki malından verilmek üzre" diye mukayyed olmaksızın [**mutlak olarak havâle etdikde**] muhîlin [**eğer muhâlün-aleyhde alacağı yok ise ba'de'l-edâ**] havâle bi-emri'l-muhîl olduğu takdirde 698. maddeye mebnî [**muhâlün-aleyh**] muhâlün-bih ile [**muhîle rücû' eder.**] ve kable'l-edâ rücû' edemeyeceği 698. maddede tasrîh olunmuştur. Şu kadar ki muhâlün-leh, muhâlün-aleyhden muhâlün-bihi mutâlebe ve tazyîk etdiğinde, havâle muhîlin emriyle ise, muhâlün-aleyh dahi kendisini muhâlün-lehin tazyîkinden kurtarmak üzre muhîli mutâlebe ve tazyîk eder. Amma havâle muhîlin emriyle değil ise tazyîk edemez. Nitekim muhâlün-aleyhde matlûbu var ise, muhâlün-aleyh muhîli tazyîk edemez. *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi's-sânî mine'l-havâle)*

[**ve eğer**] muhîlin muhâlün-aleyh zemmetinde muhâlün-bih cinsinden [**alacağı var ise ba'de'l-edâ deyniyle takas olur.**]

Havâle-i mutlakada muhâlün-aleyh vefât etdiğinde, muhâlün-bih terekesinden istîfâ olunur. Terekesi garîm ise muhâlün-leh, garâmeten hissesine düşeni alır. Mütebâkīsi hakkında mâdde-i ânife şerhindeki mesâile tevfîk-i muâmele olunur.

Bu madde ile havâle-i mutlakanın ahkâmı beyân olunuyor.

Madde-i meşrûhun-bihâ ile beyân olunan muhâlün-aleyhin muhîle mürâca'atı husûsu şerhan işaret olunduğu üzre havâle muhîlin emriyle olduğu sûrettedir. Amma havâle bilâ-emri'l-muhîl olur ise muhâlün-aleyhin mürâca'at veya ba'de'l-edâ-i deyn ile takas etmeğe hakkı yoktur. Nitekim 698. madde şerhinde zikrolunur.

Şöyle ki muhîl borcunu havâleten üzerine almasını bir kimseye emretmesi üzerine o kimse dahi havâleten üzerine alsa, ba'de'l-edâ medyûna rücû' eder. Medyûn ol vechile sarâhaten emrettikden sonra icrâ olunan havâle gerek 682. ve gerek 680. ve 683. maddeler vechile olsun müsâvîdir. Amma medyûn sarâhaten emretmediği gibi akd-i havâlede dahi dâhil olmasa yâni 628. madde vechile havâle akdedilse hakk-ı rücû'u olmadığı madde-i mezkûre şerhinde beyân edilmiş idi.

Fakat medyûn, havâleyi kabûl eylemesini muhâlün-aleyhe sarâhaten emretmeyip lakin akd-i havâlede dâhil bulunsa, tâbir-i âharla havâle 68., 682. ve 683. maddeler vechile akdedilse mûcib-i rücû'mudur? *İnaye* nâm kitâbda şöyle mastûrdur: Rivayetü'l-Kuduri'de olduğu gibi havâlede muhîlin rızâsının şart edilmesinin fâidesi muhâlün-aleyhin ba'de'l-e-

dâ muhîle rücû‘ hakkı olabilmesidir. Havâle muhîlin emriyle ise. Bu mes'elede muhîlin rızâsı zikrolunduktan sonra bir de "emriyle ise" kaydı ilâve edildiğine göre, medyûnun mücerred emr-i havâlede dâhil bulunması emir makāmına kāim değildir. Ma‘a-zâlik bununla hüküm olunabilmek için sarîh nakil bulmak lâzımdır.

Havâle-i mutlakada 692. madde ile 693. maddedeki "amma mütahık çıkıp da ...ilâ âhirihî" fıkrası ve 694. ve 695. maddeler ahkâmı cârî olmaz. *(Redd-i muhtâr)*

Muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi te'diye ettikden sonra edâ ettiğinin mislini muhîlden taleb etdiğinde, muhîl, "Sendeki alacağımdan vermek üzre havâle etmiş idim." dese, bilâ-hüccet sözü kabûl olunmaz. Zîra muhâlün-aleyhin muhîle borcu olmasa bile havâle sahîh olduğu cihetle, kabûl-i havâle ile muhâlün-aleyhin muhîle deyni ikrâr addolunmaz.

Havâle-i mutlakada muhîlin muhâlün-aleyhde alacağı veya diğer malı bulunsa bile muhâlün-lehin hakkı bu mala ta‘alluk eylemez. Belki muhâlün-aleyhin zimmetine ta‘alluk etmekle muhâlün-aleyh muhîlin mezkûr malından te'diye-i deyn etmeğe muktedir olamayıp muhâlün-bihi kendi malından te'diye etmesi lâzım gelir.

Muhîlin, muhâlün-aleyhdeki alacağını ve malını mutâlebe etmek hakkı munkatı‘ olmayıp ayrıca ondan kabz eder. Bu kabzıyla havâle bâtıl olmaz.

Muhîlin vefâtı halinde, muhâlün-aleyhdeki malını muhâlün-leh zabt edemez; muhîlin guramâsına taksîm edilir. Muhâlün-leh bu taksîmden hisse alamaz. Zîra 690. maddede metnen ve şerhan îzâh olunduğu üzre muhîl borcundan berî olmuştur.

Muhâlün-aleyh mezkûr malı muhâlün-lehe verip de yedinde telef olsa, muhâlün-aleyh zâmin olur. *(Netice ve Ali Efendi ve Redd-i muhtâr ve Hindiyye)*

692. MADDE

[**Havâle-i mukayyede**] nin aksâm-ı selâsesinde [**de**] hüküm budur: [**Muhîlin muhâlün-bihden dolayı hakk-ı mutâlebesi munkatı‘ olur.**] Zîra havâle, muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki mal ile takayyüd ettiği cihetle, tâlibin mezkûr maldan alacağını istîfâ eylemesi hakkı ona ta‘alluk eyledi. Mürtehin yedindeki mal-ı merhûna, hakk-ı mürtehin ta‘alluk ettiği gibi. Muhîlin bu malı alması tâlibin hakkını ibtal edeceği cihetle almak câiz değildir.

677. maddede beyân ve 688. maddeden istinbât olunduğu üzre *Mecelle*'de "muhâlün-bih" için beyân olunan ma‘nâ "havâle olunan yâni muhîlin zimmeti bulunan" maldır; yoksa muhîlin muhâlün-aleyh yedinde veya zimmetindeki malı değildir. Mezkûr mal-i muhâlün-bihi mutâlebe etmek kable'l-havâle veya ba‘de'l-havâle muhîlin değil, muhâlün-le-

hin hakkı olduğundan, “muhâlün-bih” *Mecelle*’de beyân kılınan mezkûr ma‘nâda isti‘mâl olunduğu takdirde, “Hakk-ı mutâlebesi munkatı‘ olur.” tâbiri sahîh olmaz. Binâenaleyh hakk-ı ibâre şöyle olmalıdır: “Havâle-i mukayyedede muhîlin muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedinde olan malından dolayı hakk-ı mutâlebesi munkatı‘ olur.” Şu kadar ki, bazı kütüb-i fıkhiyyede ***“La yemlikü’l-muhîl mutâlebete’l-muhtâli-aleyh bi’l-ayni’l-muhâli-bih ve’d-deyn”*** denilmiş ve binâenaleyh, muhâlün-aleyh yedindeki mala dahi muhâlün-bih ıtlâk olunmuş olup, binâberîn buradaki muhâlün-bih 677. maddede beyân kılınan ma‘nâda müsta‘mel değildir, denilmek iktizâ eder.

Ba‘de zâlik bu madde şu vechile îzâh olunur: Havâle-i mukayyede icrâ olunduktan sonra, muhîl o malı muhâlün-aleyhden ahz edemez. Hatta muhâlün-leh o malı yâni muhâlün-aleyh nezdindeki muhîlin malını muhâlün-aleyhe hîbe etse sahîh olur. Zîra muhâlün-leh, o malı temellük etmeğe hakkı olduğu gibi âhara temlîk etmeğe dahi hakkı olur. *(Bahr)*

Kezâ bir kimse kendisinde mu‘accelen bin kuruş alacaklısı olan bir kimesneyi -dâyinini-kendisinin mu‘accelen bin kuruş alacağı olan bir şahıs -medyûnu- üzerine havâle-i mukayyede ile havâle ettikden sonra muhâlün-leh, muhâlün-aleyhi te’cil etdiğinde muhîl kendi medyûnundaki bin kuruş alacağını ba‘dehü tamam-ı ecelde vermek üzre şimdi bana ver diye muhâlün-aleyhden taleb edemez. *(Hindiyye fi’l-bâbi’s-sânî)* Muhîl muhâlün-aleyh yedindeki malı havâle-i mukayyede sûretinde muhâlün-aleyhden ahz etse, muhâlün-aleyh onu istirdâd eder.

[**Ve muhâlün-aleyh artık onu**] yâni mârru’z-zikr muhîlin muhâlün-aleyh zimmetindeki alacağı veya nezdindeki malı muhîle [**veremez.**] Bu vechile havâle-i mukayyede bi’d-deyn icrâ olunduktan sonra, muhâlün-leh gāib olmakla, muhîl “Benim muhâlün-lehe borcum yok idi ve havâle kabz-ı deyne vekâlet idi.” diye muhâlün-aleyhdeki malını almak istediğinde -bir rivâyetde- sözü kabûl ve beyyinesi istimâ‘ olunamaz. Zîra beyyinesi bi’l-istimâ‘ hükmedilecek olsa gāib ani’l-muhâkeme olan muhâlün-leh aleyhine hüküm olmuş olur. Diğer rivâyetde muhîlin bu kavli kabûl olunur. Zîra muhâlün-aleyhdeki alacak muhîlin olup havâle ile hakkının iskātını inkâr ediyor. Nitekim bu rivâyet-i ahîreye göre muhîl, muhâlün-aleyhe, “Bu parayı muhâlün-lehe verme!” diye nehyetse nehyi mu‘teberdir. Velev ki muhâlün-leh gāib olsun. *(Bahr)*

Bacûrî diyor ki: Medyûn, dâyinine “Seni filan kimesne zimmetindeki alacağımı kabza vekîl ettim.” dâyin, “Sendeki alacağımla havâle ettin.” veyahut medyûn, “Havâleden vekâleti kasdettim.” ve dâyin, “Havâle ettin.” diye ihtilaf ettiklerinde, hîn-i havâlede isti‘mal olunan lafız, vekâlete muhtemel olur ise havâleyi münkir bulunan tasdîk olunur. Zîra aslolan iki hakkın bekāsı olmakla beraber medyûn, kendi maksûdunu daha iyi bilir. Amma lafız, vekâlete muhtemel değil ise medyûn “Vekâleti kasdettim.” diye iddiâsında tasdîk olunamaz.

Meselâ medyûn dâyinine "Benim sana borcum bulunan on altın ile seni bu kimesne üzerine havâle ettim." dese, bu söz vekâletine muhtemel olmayacağından, havâle vekâlet idi iddiâsı kabûl edilemez.

Nitekim medyûn dâyinine "Seni filan medyûnum üzerine havâle ettim." dediği halde dâyin, "Sen beni kabz-ı deyne vekîl ettin." veyahut "Havâle lafzından vekâlet kasdetmiş idin." dese, dâyin ma'a'l-yemin tasdîk olunur. Zîra asl olan dâyinin medyûndaki hakkının bekāsıdır. Şu kadar ki lafız, vekâlete muhtemel değil ise Bâlâda zikrolunduğu üzre dâyin sözünde tasdîk olunamaz. (698. madde şerhine bakınız.)

[**Ve**] muhâlün-aleyh onu muhîle [**verse**] havâlenin sıhhâtîne halel gelmez; muhâlün-aleyh [**zâmin olur.**] Zîra muhâlün-lehin hakkının ta'alluk ettiği malı muhâlün-aleyh istihlâk eylemiş oldu. Nitekim bir kimse mürtehin yedindeki rehni istihlâk etdiğinde bedelini mürtehine zâmin olur. *(Dürr-i muhtâr)* [**Ve ba'de'z-zamân muhîle rücû' eder.**] yâni muhîl, mezkûr malını muhâlün-aleyhden aldıktan sonra, muhâlün-leh alacağını muhâlün-aleyhden alsa, muhâlün-aleyh dahi muhîle rücû' eder. Zîra muhâlün-aleyh havâleyi muhîlin emriyle kabûl eylemiş idi. *(Zahîre)*

Mecelle'de "verse" tâbiri muhâlün-aleyh kendi rızâsiyle verse mânâsınadır. Amma muhîl, muhâlün-aleyhden o malı veya deyni kerhen ve cebren aldığında, layık olan muhâlün-aleyh üzerine zamân lâzım olmamaktır. *(Abdülhalîm)* Bu sûretde, muhâlün-aleyhe, havâleten aldığı borcu te'diye etmek lâzım gelmez.

[**Ve**] muhâlün-aleyh yedindeki maldan, deyn-i muhâlün-bihi muhâlün-lehe [**kable'l-edâ muhîl düyûnu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa**] muhîlin [**sâir dâinleri muhâlün-bihe**[7] **müdâhale**] ve onu kısmet-i guramâya idhal [**edemezler.**] Zîra muhâlün-aleyh yedindeki mala veya zimmetindeki deyne muhâlün-lehin hakkı ta'alluk etmiştir. Râhinin vefâtından sonra mürtehinin hakkı merhûna müte'allık olarak sâir guramâdan ehakk olduğu gibi.

Nitekim havâle-i mukayyede bi'd-deynde dahi muhâlün-aleyh mezkûr deyni muhîlin hal-i sıhhâtînde veya maraz-ı mevtinde muhâlün-lehe te'diye ettikden sonra muhîlin ondan başka malı olmayarak vefâtı vukû' bulsa sâir gurama müdâhale edemezler. *(Hindiyye ve fetevâ-yı cedîde)*

Bundan anlaşılır ki *Mecelle*'deki "kable'l-edâ" tâbiri ihtirâzî değildir. Belki hal-i sıhhâtînde edâ ettikden sonra vefât etse, o mala sâir guramanın adem-i müdâhaleleri müttefikun-aleyhâ bir mes'eledir.

---

7 Buradaki muhâlün-bih tâbiri dahi sadr-ı maddedeki tâbir gibi *Mecelle*'ye gayr-i muvafıktır. Beyân-ı sâbık üzre «muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki mezkûr mala» denilmelidir.

Amma havâle-i mutlakada muhîlin muhâlün-aleyh yedinde veya zimmetindeki malından muhâlün-aleyh te'diye-i deyn edemez. Muhîl, bu malı muhâlün-aleyhden alır; nitekim madde-i ânife şerhinde beyân olunmuştur.

Bu maddenin "ve kable'l-edâ muhîl... ...ilâ âhirihî" fıkrası eimme-i Hânefiyyeden yalnız İmam Züfer hazretlerinin mezhebidir. Metn-i *Mecelle*'de bu mezheb ihtiyâr buyurulmuştur. İmam-ı müşârun-ileyh hazretleri bu husûsu rehne yâni 729. maddeye kıyâs buyuruyor. *(Azmizâde)* İmam-ı müşârun-ileyhin şu mezhebi kıyâsa muvâfıktır. Zîra muhîlin hal-i hayâtında muhâlün-lehin hakkı, muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki mala ta'alluk etmiş ve hatta muhîl onu ahza gayr-i muktedir bulmuş olduğundan mülkünden hariç gibi olur. Ba'de vefâtîhi dahi düyûnu onunla kaza olunamaz. *(Zeyla'î)*

Mecelle bâlâsındaki mazbatada muharrer olduğu üzre mesâil-i müctehedün-fîhâda imamü'l-müslimîn hazretleri herhangi kavl ile amel olunmak üzre emreder ise mûcibince amel olunmak vâcib olduğundan el-yevm mezheb-i mezkûr ma'mûlün-bih tutulmuştur.

Amma İmam-ı A'zam ile Sâhibeyn hazerâtına göre muhîlin, muhâlün-aleyh zimmetinde veya yedindeki mezkûr malında muhâlün-leh muhîlin sâir guramâsiyle müşârik olur; tâbir-i diğerle muhîlin mezkûr malı taksîm-i guramâya idhal edilerek, muhâlün-leh ondan yalnız hissesine düşeni alır.

1- Havâle-i mukayyede bi'l-aynda muhâlün-aleyh, mezkûr aynı yedinde tevkīf ile muhâlün-bihi kendi malından verse müteberri' olmaz. Binâenaleyh 698. madde hükmünce muhîle rücû' edebilir. *(Hindiyye)*

2- Havâle-i mukayyede bi'd-deynde mezkûr deyn, muhâlün-bihe vefâ etmez ise muhâlün-leh bakıyyesini muhâlün-aleyhden taleb edemez. *(Zahîre)*

693. MADDE

[**Bâyi'in müşteri zimmetinde semen-i mebî'**]den [**olan alacağından verilmek üzre diye**] mukayyeden havâle vukû' bulduğunda *Mecelle*'nin "252." maddesi vechile bu havâle sahîh olur. Böyle deyn ile [**mukayyed olan havâlede mebî'**] müşteriye [**kable't-teslim helâk olup da**] 293. maddeye mebnî hasârı bâyi'a ait olmakla muhâlün-aleyh -müşteri- den [**semen**]-i mebî' [**sâkıt olsa veyahut mebî', hıyâr-ı şart, hıyâr-ı ru'yet ve hıyâr-ı ayb ile**] kable'l-kabz veya ba'de'l-kabz bâyi'a [**reddolunsa**] -velev ki hıyâr-ı gayb ile redd, hükm-i hâkime mukārın olsun- [**veyahut ikāle-i bey' edilse**] bu beş sûretde dahi muhâlün-aleyhden semen sâkıt olur ise de [**havâle bâtıl olmaz,**] zîra müşteri zimmetinde deyn, vakt-i havâlede sâbit ve havâle dahi sahîh ve lâzım olarak mün'akid olmakla ondan sonra zimmet-i müşteriden deynin sukūtunu îcâb eden bu gibi ahvâlin arûziyle havâlenin sıhhâtîne halel gelmez. Çünkü muhâlün-aleyh medyûn olmasa da havâle sahîhdir. Binâenaleyh muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi muhâlün-lehe vermeğe mecbûr olur. *(Redd-i muhtâr ve Ankaravî)*

[**Ve muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ**] muhâlün-bih ile [**muhîle rücû' eder yâni**] muhâlün-lehe [**verdiğini muhîlden alır.**] Havâle eğer bi'l-emr ise.

Bu fıkranın îzâhı 698. maddede gelir.

[**Amma**] bâyi'in müşteri zimmetinde semen-i mebî'den olan alacağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede mebî'a [**müstahık çıkıp da mebî' zabt olunmakla muhâlün-aleyhin**] -müşterinin- [**ol deynden**] yâni semen-i mebî'den [**berî idiği tebeyyün etse havâle bâtıl olur.**] Artık muhâlün-leh müşteriyi muâheze edemez ve borç muhîle avdet eder. *(Hindiyye)*

Bu takdirde muhâlün-aleyh semen-i mezkûrü muhâlün-lehe verdikten sonra bi'l-istihkāk zabtedilse de ber-vech-i bâlâ havâlenin bâtıl olduğu tahakkuk eylese, müşteri semeni dilerse muhîlden ve dilerse muhâlün-lehden alır. *(Vakıât ve Ali Efendi ve Redd-i muhtâr)* Çünkü havâle-i fâsidede muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi muhâlün-lehe verdiğinde muhayyerdir: Dilerse muhâlün-lehden istirdâd eder; isterse muhîle rücû' eyler. *(Tenvîr)*

Kezalik müste'cir ücretten verilmek üzre me'cûru kable'l-isti'mal âcirin deynini kendi üzerine havâle aldıktan sonra, me'cûr gayrin malı olduğu zâhir olsa da sâhibi icâreyi mücîz olmamakla feshedilse havâle bâtıl olur. *(Tenkîh)*

Bu iki sûretin yâni kable't-teslim helâk-ı mebî' ve mâ utıfe-aleyh sûreti ile sûret-i istihkāk beyninde fark şudur: Sûret-i ûlâda havâle kendisiyle takayyüd eden deyn, emr-i ârız ile sâkıt olmakla asîlin vakt-i havâlede deynden berâeti tebeyyün etmedi. Sûret-i sâniyede muhâlün-aleyhin o deynden, ta vakt-i havâlede berâeti tebeyyün etmekle, havâle bâtıl olur.

691. madde şerhinde beyân olunduğu üzre havâle-i mutlaka bu gibi istihkāk ile bâtıl olmaz. Muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi te'diyeye mecbûrdur.

Bu maddede bâyi' muhîl, ve müşteri muhâlün-aleyh olmak üzre gösteriliyor. Fakat müşteri muhîl, müşterinin medyûnu muhâlün-aleyh, ve bâyi' muhâlün-leh olsa, yâni müşteri semen-i mebî'den bâyi'a olan borcuyla bâyi'-i merkūmu kendi medyûnu üzerine havâle-i mukayyede ile bade'l-havâle mebî' hıyâr-ı ayb ve hükm-i hâkim ile bâyi'a reddolunsa, hâkim havâleyi ibtal eder.[8]

---

8 فان كان البايع اجل المحتال عليه بالمال فان الاجل ينتقض ايضا اذا كان الرد بحكم فان كان الرد بغير حكم لا يبطل الاجل والمشترى بالخيار ان شاء اتبع البايع به حالا وان شاء اتبع المحتال عليه الى اجله فقط فرق بين احالة البايع غريمه على المشترى وبين احالة المشترى البايع على غريمه حيث لا تبطل فى الاول بالفسخ وتبطل فى الثانية ولعل وجهه ان فى الاولى تبين ان لا دين عليه وهى تصح بدون دين على المحال عليه وفى الثانية ظهر ان المحيل ليس بمديون فبطلت, بحر.

694. MADDE

[**Muhîlin muhâlün-aleyh yedinde emânet**] veya mağsûb [**olan meblağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede müstahık çıkıp da ol mal**] muhâlün-aleyh yedinde [**zabt**] ve ahz [**olunsa, havâle bâtıl**] ve muhâlün-aleyh deynden berî [**olur.**] Zîra mağsûb, mal sâhibine vâsıl ve bununla gāsıbın zamândan berâeti hâsıl olmuştur. *(Mecma'u'l-enhur)*

[**Ve bu borç muhîle avdet eder.**] Diğer bir ta'bîrle borcun te'diyesi muhîl üzerine lâzım olur. *(Redd-i muhtâr)*

695. MADDE

[**Muhîlin muhâlün-aleyh yedindeki meblağdan**] veya diğer malından [**verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede ol meblağ**] veya mal [**telef olduğu sûretde**] meblağ veya mal-ı mezkûr vedî'a, âriyet ve müddet-i icâresi münkazî olmuş ayn-i me'cûr gibi emânet olmak misilli muhâlün-aleyh üzerine [**eğer mazmûn değil ise havâle bâtıl olur.**] Zîra muhâlün-aleyh o deyni o maldan vermek üzre iltizâm ettiği halde, mal-ı mezkûr emâneten helâk olunca iltizâmın dahi butlânı lâzım geldi. *(Mecma'u'l-enhur)* Bu takdirde telef, eminin ve meselâ vedî'in iddiâ ve yemini ile sâbit olur. *(Zahîre)* (1774. maddeye bak.)

[**Ve bu borç muhîle avdet eder.**] Zîra muhâlün-lehin hakkı muhâlün-aleyhde telef oldu; amma 690. madde şerhinde zikrolunduğu üzre tevâ üç vechile tahakkuk edip vech-i râbī yok ise de, orada mezkûr olan havâle-i mutlakada borcun telefidir; yoksa havâle-i mukayyedede değil. *(Redd-i muhtâr)*

[**Ve**] o meblağ veya mal-ı mağsûb olmak gibi muhâlün-aleyh üzerine [**Eğer mazmûn ise böyle telef ile havâle bâtıl olmaz.**] Zîra mazmûnun telefiyle vâzı'u'l-yed bulunan kimse zamândan kurtulamaz. Vâzı'u'l-yed -muhâlün-aleyh- mezkûr malın bedelini yâni misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyyâttan ise kıymetini zâmin olur ve bu bedel-i zamân, telef olan malın makāmına kāim olur. Amma mezkûr mal-ı mağsûb bi'l-istihkāk zabtolunsa havâle bâtıl olur. İstihkāk ile telef beyninde fark vardır: İstihkāk sebebiyle ol mal, "keen lem yekün" olur; amma telef ile zamanâ intikāl eder ve bedel-i zamân asıl mal makāmına kāim olur.

[**Meselâ biri bir kimsenin yedindeki**] vedî'a gibi [**emânet akçesinden verilmek üzre dâyinini ol kimsenin üzerine havâle etdikde**] muhâlün-leh [**kable'l-ahz ol akçe**] muhâlün-aleyh yedinde [**bilâ-ta'add**] ve taksîr [**telef olsa havâle bâtıl olur.**] ve muhâlün-aleyhe bir şey lâzım gelmez. (768. maddeye bak.) [**ve dâyinin alacağı muhîle avdet eder.**] *(Redd-i muhtâr)*

[**Amma ol akçe mağsûb olsa veyahut emânet olup da ol kimsenin itlâfiyle ödemesi lâzım gelse havâle bâtıl olmaz**] da muhâlün-aleyh muhâlün-bih ile yine muâheze olu-

nur. *(Mecma'u'l-enhur ve Hindiyye)*[9] Mezkûr akçe, mâl-ı mağsûb olunca muhâlün-aleyh o akçe telef oldu diye iddiâsı yeminiyle kabûl olunamaz.

696. MADDE

Bir mal bey' edilerek semeninden îfâ edilmek üzre bir deynin havâlesinde üç sûret vardır.

Sûret-i ûlâ: [**Bir kimse**] -muhîl- [**kendisinin bir mu'ayyen malını**] muhâlün-aleyh [**satıp da semeninden edâ etmek üzre**] yâni akd-i havâlede bu şart dermeyân edilerek [**dâyinini birinin üzerine havâle ve o**] -muhâlün aleyh- [**dahi ol şartla**] tâbir-i âharla muhîlin malının bey'iyle semeninden muhâlün-bihi te'diye etmek şartıyla muhâlün-aleyh muhîlden [**havâleyi kabûl etse**] ve muhâlün-leh dahi râzı olsa [**sahîh**] ve şart mu'teber [**olur.**] Zîra bu sûretde muhâlün-aleyhin mezkûr malı bey' ile muhâlün-bihi îfâya iktidârı vardır.

[**Ve**] bu husûs 760. madde gibi olmakla [**muhâlün-aleyh ol malı satıp da semeninden deyni edâ etmek üzre icbâr olunur.**] Demek ki icbâr hem bey'a ve hem de semeninden îfâ-yı deynedir. Yoksa kable'l-bey' te'diyeye icbar edilemez. Nitekim mürtehin 760. madde vechile bey-i rehni şart etdiğinde sahîh ve artık râhin bundan rücû' edemez. *(Redd-i muhtâr)*

Muhâlün-aleyh mezkûr malı semen-i misliyle satıp parasını muhâlün-lehe verdiğinde tamamen deyne vefâ etmese bâkīsi muhâlün-aleyhden taleb olunamaz.

Fakat, muhîl bu vechile kendi malını satmağa muhâlün-aleyhe izin vermiş olduğu halde muhâlün-aleyh henüz satmadan izninden rücû' ederek bey'den nehyedebileceğini ve bey' etmek üzre cebr câiz olmadığını *Abdülhalîm* beyân ediyor. Lakin *Mecelle*'nin ve keza *Redd-i muhtâr*'da ânifen beyân olunduğu üzre bu mes'ele bey' kıyâs edilmesinin zâhirinden anlaşılır ki rücû' câiz olmadığı gibi o malı bey' etmeğe icbâr dahi câiz olur. Ve bu halde *Abdülhalîm*'in bu beyânı "Havâle bilâ-şart icrâ ve itmâm edildikten sonra muhîl malını bey'a izin verse bundan rücû' edebilir." ma'nâsına dahi ihtimali vardır.

Bu maddeden şu mes'ele müstefâd olur: Bu şart, yâni muhîlin malının bey-i şartı muhîlden dermeyân olunmak sûretiyle tasvîrinden anlaşılır ki, muhîlden dermeyân olunmayıp da belki yalnız muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde yâni 681. madde vechile icrâ olunan havâlede bu gibi şart dermeyân edildiğinde havâle fâsid olur. Velev ki mal-ı mezkûr muhâlün-aleyh nezdinde vedî'a olsun. Zîra muhâlün-aleyhin buna kudreti yoktur. (96. maddeye bakınız.)

Meselâ bir kimse birine "Benim filanda olan şu kadar kuruş alacağımı o filanın şu malını satıp semeninden te'diye etmek üzre havâleten üzerine al." deyip o dahi kabûl eylese havâle fâsid olur.

---

9 لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائم معنى فلا يبطل, مجمع الانهر.

Sûret-i sânîye: Ecnebî bir adamın malını satıp da bedelinden îfâ-yı deyn eylemek üzre havâleyi kabûl eylemektir. Yani bir kimse ecnebî bir adamın malını satıp da te'diye etmek üzre birinin borcunu havâleten üzerine alsa sahîh olmaz. *(Abdülhalîm ve Hindiyye)* İşte *Mecelle*'de "kendisinin malını" tâbiriyle bu sûret-i sânîyeden ihtiraz olunuyor.

Sûret-i sâlise: Bir kimse kendi malını satıp semeninden îfâ eylemek üzre birinin borcunu havâleten kabûl eylemesidir. Yâni bir kimse kendi malını satıp da semeninden te'diye etmek üzre birinin borcunu havâleten üzerine alsa, havâle câiz olur. Fakat muhâlün-aleyh mezkûr malı satmağa icbar edilemeyeceği gibi, kable'l-bey' dahi sebeb-i vücûb-ı edâ mevcûd olmamakla, muhâlün-bih ile mutâlebe olunamaz;[10] belki muhâlün-aleyh o malı ne vakit bey' eder ise, o vakit sebeb-i vücûb-i edâ tahakkuk etmekle, semeninden muhâlün-bihi te'diye etmeğe mecbûr olur [11] ve muhâlün-aleyh mezkûr malı semen-i misliyle bey' ile muhâlün-bihi te'diye ettiği halde muhâlün-bihe vefâ etmese, muhâlün-aleyh mütebâkīsinden mes'ûl olmaz.[12] Zîra muhâlün-aleyh, o semenden edâ-yı deyni iltizâm eylemiş ve iltizâmı vechile semeni kâmilen edâ eylemiştir. *Mecelle*'de "kendisinin" tâbiri bundan ihtirâz için değildir.

Hulâsa-i kelam bunda dört mes'ele vardır:

1. Mes'ele: Muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ kılınan havâlede muhâlün-aleyh muhîlin muayyen malını satıp da semeninden edâ-yı deyn etmek şartını zikr, ve muhîl ile muhâlün-leh dahi ol vechile havâleyi kabûl eylemiş olmaktır. *Mecelle*'nin şu maddesinde beyân olunan budur.

2. Mes'ele: Muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ kılınan havâlede medyûnun yâni muhîlin malını muhâlün-aleyh bi'l-bey' semeninden edâ-yı deyn üzre şart olunup da fakat muhîl havâlede bulunarak kabûl etmiş olmaktır.

3. Mes'ele: Havâlede ecnebî birinin malını muhâlün-aleyh satıp da semeninden verilmek üzre akd-i havâle olunmaktır.

4. Mes'ele: Muhâlün-aleyh kendi malını satıp da semeninden verilmek üzre akd-i havâle olunmaktır.

İkinci, üçüncü sûret gayr-i sahîh, birinci ve dördüncü sûret dahi sahîh olur ki, ahkâmı bâlâda tafsîl olunmuştur.

---

10 لعدم وجوب الاداء قبل البيع, درر.

11 لتحقق وجوب الاداء, درر.

12 لانه التزام الاداء من الثمن وقد ادى الثمن بكماله, هنديه فى الباب الثانى.

697. MADDE

[**Havâle-i mübhemede yâni muhâlün-bihin ta'cil ve te'cili beyân olunmayan havâlede deyn**] muhâlün-bih, muhîl zimmetindeki sıfatıyla takayyüd eder. Diğer bir ta'bîrle [**deyn eğer muhîl üzerine mu'accel ise havâle-i mu'accele olup muhâlün-aleyhin onu hemen te'diyesi lâzım gelir. Ve eğer deyn**] muhîl üzerine bir müddet-i mâlûme ile [**mü'eccel ise havâle dahi**] o müddetle [**mü'eccel olup vâdesi**] bulunan müddet-i mezkûre [**hulûlünde**] onun [**edâsı lâzım gelir.**] Zîra havâle tahvîl ve nakl-i deyn içindir. Deyn-i mezkûr asîldeki sıfâtîyle tahavvül eder. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (652. maddeye bakınız.) Bu takdirde vâde tamam olmadan muhîlin vefât etmesiyle ecel bâtıl olmaz. Amma muhâlün-aleyhin vefâtîyle ecel bâtıl olarak deyn muhâlün-aleyhin üzerine hâll olur. Muhâlün-aleyhin vefâtîyle butlân-ı ecelin sebebi şudur: Ecel, medyûn, ahz ve ita ederek para kazanıp dâyinine vermesi zımnında medyûnun fâidesi içindir, medyûn vefât etdiğinde artık kazanmak imkânı kalmaz.

Şu kadar var ki muhâlün-aleyhin müflisen vefâtı cihetiyle 690. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, deyn muhîle avdet etdiğinde, muhîlin eceli kemâ-kân bâkī addolunur. *(Redd-i muhtâr)* Deyn, gerek semen-i mebî', gerek bedel-i icâre gibi başka bir sebepden dolayı olsun. [13]

Metn-i *Mecelle*'de mutad olduğu üzre bu kitâbın mukaddimesinde havâle-i mübheme târif edilmediği cihetle burada "yâni muhâlün-bihin ...ilâ âhirihî" ibâresiyle havâle-i mübheme târif ediliyor.

Amma havâle-i gayr-i mübhemede ta'cil ve te'cil vasıflarının hangisiyle kaydolunmuş ise muhâlün-aleyh ona göre mutâleb olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sânî mine'l-havâle)* Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (653. maddeye bakınız.)

Şerhan îrâd olunan şu mes'ele mezkûr 653. maddenin nazîri olduğu cihetle, sâlifü'z-zikr 697. madde akîbinde bu mes'elenin metnen îrâd olunması münâsib idi.

Mâlûm olmalıdır ki bir müddet-i mâlûme ile mü'eccel olan deynin o müddet ile mü'eccel olarak havâlesi sahîh olduğu gibi ondan ziyâde veya noksan müddet ile mü'eccelen havâlesi dahi sahîhdir. *(Hindiyye fi'l-mahalli'l-mezbur)* Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (654. maddeye bak.)

Kezâ mu'accel deynin mu'accelen havâlesi câiz olduğu gibi mü'eccelen havâlesi dahi câizdir. Meselâ bir kimse diğer kimesneye olan cihet-i karzdan borcunu bir şahıs üzerine bir

---

13 لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما فى ضمنها كما لو باع المديون بدين مؤجل فرسا من الطالب ثم استحق الفرس عاد الاجل, رد محتار بتغير ما.

sene müddetle mü'eccelen havâle eylese, sahîh ve muhâlün-aleyh hakkında ecel mûteber olur.

Fakat bu takdirde muhâlün-aleyhin müflisen vefâtîyle 690. madde şerhindeki tafsîlata mebnî deyn, muhîlin zimmetine avdet etse, sıfat-ı ûlâsı ile -mu'accelen- avdet eder. Şu kadar var ki babanın ve vasînin, sabînin peşin alacağını mü'eccelen havâle etmesi sahîh değildir. (58. maddeye bak.) Lâkin mezkûr alacak baba ve vasînin akidlerinden nâşi ise mü'eccelen havâle eylemesi ınde'ş-Şeyhayn câizdir. (685. madde şerhine bak.)[14]

Havâledeki ecel, kefâletdeki ecel gibi Mâlûm olması lâzım ise de, cehalet-i yesîre ile mechûl olması dahi câizdir. *(Redd-i muhtâr)* (625. madde şerhine bak.)

Akd-i havâlenin te'cili: Bâlâdaki îzâhattan anlaşılır ki, akd-i havâlenin tecili gayr-i sahîhdir. Belki sahîh olan bâlâda zikrolunduğu vechile akd-i havâlede muhâlün-bihin tecîlidir. Muhâlün-bih velev ki karz olsun. *(Tenvir ve Dürr-i muhtâr)*

698. MADDE

[**Muhâlün-aleyh deyni**] muhâlün-lehe [**edâ etmeden muhîle rücû' edemez.**] Hatta bir kimse kendi üzerine birinden bir müddetle mü'eccelen havâleyi kabûl ettikden sonra, o kadar, veya daha az veya daha ziyâde müddetle mü'eccelen âhar şahsa havâle etdiğinde, muhâlün-leh muhâlün-bihi o şahısdan kabzetmeden, o kimse muhîle rücû' edemez. Şu kadar var ki 691. madde şerhinde beyân olunduğu üzre kendisi yâni muhâlün-aleyh muhâlün-leh tarafından tazyîk olunduğunda o da muhîli tazyîk eder.[15]

[**Ve**] havâle muhîlin emir ve rızâsiyle olup da muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi muhâlün-lehe te'diye ettikten sonra muhîle [**rücû'**] edebilir. Sebeb-i rücû' şudur: Muhâlün-aleyh, muhîlin emriyle onun borcunu edâ eylemiştir. (1506. maddeye bak.) *(Bahr)*[16]

Rücû' [**edecek oldukda muhâlün bih ile rücû' eder. Yâni ne cins akçe havâle olunmuş ise muhîlden onu alır. Yoksa müeddâ**] olan muhâlün-lehe verdiği cins [**ile rücû' edemez.**] Kefâlet gibi. (657. maddeye ve şerhine bak.)

[**Meselâ**] muhîl tarafından muhâlün-aleyhe [**gümüş akçe havâle olunup da**] muhâlün-aleyh muhâlün-lehe bey-i sarf tarikiyle [**altın verse muhîlden gümüş alıp altun mutâlebe**

---

14 ولو احتال الاب والوصى بدين الصبى الى اجل لم يجز لكونه ابراء موقتا فيعتبر بالابراء المؤبد وهذا كان دينا ورثه لصغير وان وجب بعقدهما جاز التأجيل عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى. هنديه فى الباب الثانى.

15 اذا احتال رجل بالمال الى اجل ثم المحتال عليه احاله على آخر الى اجل مثل ذلك او اقل او اكثر لم يكن له ان يرجع على الاصيل ختى يقبض الطالب, هنديه فى الباب الثانى.

16 لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره, بحر.

edemez.] Bilâkis altun akçe havâle olunup da muhâlün-aleyh gümüş verse muhîlden altun alır; gümüş mutâlebe edemez.

Kezâ sikke-i hâlisa havâle olunup da muhâlün-aleyh mağşûşe verse muhîlden hâlisa alır.

[**Kezâlik**] muhâlün-aleyh sulhen muhâlün-bihden [**başka emvâl ve eşyâ**] i'tâsı [**ile**] muhâlün-bihi [**te'diye etse**] de ba'dehû muhîle rücû' edecek olsa, muhîlden [**havâle olunan akçeyi alır.**] Yoksa bedel-i sulh olarak verilen emvâl ve eşyânın kıymetini değil. O kıymet gerek muhâlün-bihden ziyâde, gerek noksan olsun.

Amma muhâlün-aleyh, borcun bir miktarı üzerine muhâlün-leh ile musâlaha ettiği takdirde muhîle rücû' edecek olduğunda, verdiği bedel-i sulh ile rücû' eder; yoksa mecmû'-ı deyn ile değil.

Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle olduğu 657. maddede ve şerhinde îzâh ve beyân olunmuştur.

Müeddâya i'tibâr olunmamasının sebebi şudur. Muhâlün-aleyh muhâlün-lehe başka cins akçe veya mal verip de onun da kabûl eylemesi, hasran muhâlün-aleyh ile muhâlün-lehin beynlerinde vâki' olan akd-i muâvaza-i mahsusa olur ki, akd-i mezkûrün şahs-ı sâlis olan muhîl hakkında bir gûne hüküm ve te'sîri olmaz. Nef' veya zararı âkıdeyne aittir.

Şerhan havâle muhîlin emr ve rızâsiyle denildi. Zîra havâle, muhîlin emir ve rızâsiyle olmayınca muhâlün-aleyh te'diye-i deynde müteberri' olur; muhîle rücû' edemez. Kezâlik muhîlin muhâlün-aleyhde alacağı olsa, muhâlün-aleyh muhâlün-lehe verdiğini, muhîle olan borcuyla takas ve mahsub eyleyemez. Hatta muhîlin emri olmaksızın havâle-i mutlaka icrâ kılındıktan sonra muhâlün-leh vefât ederek muhîl ona vâris olsa, hasbe'l-verâse muhâlün-aleyhden muhâlün-bihi alır.

Amma havâle muhîlin emriyle olunca, bu takdirde muhâlün-aleyh deyni edâ ettikden sonra muhîl muhâlün-aleyhden muhâlün-bihi alamaz. Zîrâ muhîl, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden alsa, muhâlün-aleyh dahi muhîlin emrine binâen muhîle rücû' edeceğinden, bunda fâide olmaz. *(Zahîre)* Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (657. maddeye ve şerhine bak.)

Hîbe, tasadduk ve verâsetde rücû' : Mâdde-i ânifeden müstefâd olduğu üzre, muhâlün-aleyh deyni muhâlün-lehe te'diye etdiğinde muhîle rücû' eder. Bunda "te'diye" tâbiri ihtirâzî değildir. Hîbe ve tasadduk hükmen te'diye gibidir. Tâbir-i âharla muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhe hîbe ve tasadduk ve muhâlün-aleyh dahi kabûl etdiğinde, muhâlün-aleyh yine muhîle rücû' eder. Muhâlün-aleyh muhîle ayn-ı cins ile medyûn ise, deyn ile takas eyler. Hatta havâle-i mukayyede bi'd-deynde muhîl, muhâlün-aleyhden matlûbunu alamaz. *(Dürer ve Redd-i muhtâr ve mislihi fi'z-Zahîre fi'l-kefâle)*

Nitekim muhâlün-leh, muhâlün-aleyhe “Muhâlün-bihi sana terk ettim.” dediğinde, yine muhâlün-aleyh muhîle rücû‘ eder. Bu terkten yalnız muhâlün-aleyh müstefîd olur.

Muhâlün-lehe verâset hîbe gibidir.

Muhâlün-leh vefât ederek muhâlün-aleyhin ona vâris olmasiyle 700. madde hükmünce muhâlün-aleyh berî olduğunda muhîle rücû‘ ve muhîle aynı cinsden borcu var ise takas eyler. *(Bahr ve Hindiyye ve Zahîre)*

İbrâda rücû‘ yoktur. Amma muhâlün-len, muhâlün-aleyhi ibrâ ve muhâlün-aleyh dahi kabûl etdiğinde muhâlün-aleyh muhîle rücû‘ edemez; ve havâle meselâ havâle-i mukayyede bi'd-deyn olduğunda, muhîl muhâlün-aleyhdeki matlûbunu ondan alır. Velev ki havâle emriyle olsun. Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (657. madde şerhine bak.) *(Redd-i muhtâr ve Ankaravî)*

Hulâsa bunda umûr-ı hamse vardır:

Birincisi te'diye, ikincisi hîbe, üçüncüsü tasadduk, dördüncüsü verâset ve beşincisi ibrâdır; ki cümlesinin ahkâmı bâlâda zikr ve tafsîl olundu.

Muhâlün-bihi ecnebî te'diye etse yine hakk-ı rücû‘ vardır. Şöyle ki *Mecelle*'de muhâlün-aleyh deyni te'diye etdiğinde muhîle rücû‘ edebileceği beyân olunuyor. Borcu muhâlün-aleyh te'diye etmeyip de muhâlün-aleyh tarafından bir fuzûlî teberru‘an te'diye eylese muhâlün-aleyh yine muhîle rücû‘ edebilir. Ta‘bir-i âharla, bir fuzûlî muhâlün-bihi muhâlün-aleyh tarafından teberruan muhâlün-lehe te'diye etse muhâlün-aleyh muhîle rücû‘ eder. Amma muhîl tarafından teberru‘an te'diye etse rücû‘ edemez. Binâenaleyh, bir kimse dâyinini 676. madde mûcebince medyûnu olmayan bir şahıs üzerine bade'l-havâle bir fuzûlî, muhâlün-bihi muhâlün aleyh tarafından teberrû‘ olarak muhâlün-lehe te'diye etdiğinde muhâlün-aleyh muhîle rücû‘ eder.

Bilâkis bir kimse dâyinini kendisine bin kuruş borcu olan medyûnu üzerine havâle-i mukayyede ile havâle etdikden sonra bir fuzûlî muhâlün-bihi muhîl tarafından teberrû‘an te'diye eylese, muhîl muhâlün-aleyhdeki matlûbunu ayrıca alır.

Fuzûlî-i merkūm müteberri‘dir; te'diye ettiği meblağ ile muhîle rücû‘ edemez.

Fakat fuzûlî hîn-i te'diyede kimin tarafından teberrû‘ ettiğini beyân etmemekle muhîl ile muhâlün-aleyhden her biri fuzûlînin kendi tarafından teberrû‘ ettiğini iddiâ ile ihtilaf ettiklerinde, fuzûlîye mürâca‘at olunur. Hangisi tarafından teberrû‘ ettiğini beyân eyler. ise kabûl edilir. Kable'l-beyân fuzûlî vefât eder veya gāib olur da ona mürâca‘at mümkün olmaz ise muhâlün-aleyh tarafından teberrû‘ etmiş sayılır. Meğer ki müteveffâ veya gāib olan müteberri‘in evvelce vukû‘ bulan ikrâriyle hılâfı sâbit olsun. *(Hindiyye ve Bezzâziyye ve Bahr)*

Bu madde vechile muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi bi't-te'diye muhîle rücû' etmek istediğinde muhîl, muhâlün-bih "Rüşvet veya kumar parası idi binâenaleyh havâle bâtıldır." diye muhâlün-aleyhden iddiâ etdiğinde dâvâ ve şâhidi istimâ' olunamaz. Belki "Muhâlün-bihi muhâlün-aleyhe ver de ba'dehû bu husûs hakkında muhâlün-leh ile muhakeme ol." denilir. Muhîl, muhâlün-leh ile muhakeme olarak, onun muvâcehesinde muhâlün-bih meselâ kumar parası idiğini muhîl isbât eder ise, kabûl olunur. Bu takdirde muhâlün-aleyh, muhâlün-bihi vermiş ise dilerse muhîle ve dilerse muhâlün-lehe rücû' eder. *(Bezzâziyye ve Ankaravî ve Hindiyye)*

Nitekim muhâlün-leh, muhâlün-bihi muhâlün-aleyhden aldıktan sonra muhîl, muhâlün-lehe "Sana borcum yok idi seni kabz-ı deyne tevkîl etmişidim binâenaleyh kabzetmiş olduğun muhâlün-bihi bana redd et." diye dâvâ ve muhâlün-leh alacağı olduğunu iddiâ etdiğinde söz ma'a'l-yemin muhîlindir. Muhîlin havâleyi ikrârı veya havâleye mübâşereti kendinin muhâlün-lehe borcu olduğunu ikrâr sayılmaz. Muhâlün-leh kabzettiğini muhîle redd etmeğe mecbûrdur. Zîra havâle bâzan vekâletde isti'mal olunur. *(Hindiyye ve Dürer ve Redd-i muhtâr)*[17] (692. madde şerhine bakınız.)

Muhâlün-aleyh, deyni te'diye ettikten sonra 698. maddeye mebnî muhîle rücû' etmek istediğinde, muhîl "Benim sende o kadar kuruş alacağım var idi." diye iddiâ ve muhâlün-aleyh borcu olduğunu inkâr ettiği takdirde, söz muhâlün-aleyhindir. (8. maddeye bak.) *(Dürer ve Hindiyye ve Redd-i muhtâr ve Azmizâde)* 686. madde vechile dahi havâle câiz olmakla muhâlün-aleyhin havâleyi ikrâr veya kabûl eylemesi muhîle medyûn olduğunu ikrâr sayılmayacağından muhâlün-aleyh rücû' eder.

699. MADDE

[**Muhâlün-bihin**] muhâlün-lehe [**edâsiyle veya**] muhâlün-lehi muhâlün-bih ile muhâlün-aleyhden başka [**diğer birinin**] -velev ki bu "diğer" muhîl olsun-[18] [**üzerine havâlesiyle veyahut muhâlün-lehin muhâlün-aleyhi**] muhâlün-bihden [**ibrâsiyle**][19] [**muhâlün-aleyh deynden berî olduğu gibi muhâlün-leh muhâlün-bihi**] muhâlün-aleyhe [**hibe veyahut**

---

17 قال فى البحر لان المحال يدعى عليه الدين وهو ينكره ولفظ الحواله مستعملة فى الوكالة مجازا لما فى الوكيل من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيكون القول له مع يمينه فان قيل قلتم ان المحيل لا يملك ابطال الحوالة فلو لم يجعل المحتال مستحقا لملك المحيل ابطالها لانه يملك فسخ التوكيل بالقبض قلنا الحوالة قد صحت وهى محتملة ان تكون بمال هو دين على المحيل ويحتمل ان يكون اقامة مقام نفسه فلا يجوز ابطال الحوالة بالاحتمال كذا فى السراج الوهاج وفى المحيط الا ان يكون المحيل قال للحويل اضمن عنى هذا المال لان قوله اضمن عنى لايحتمل الوكالة لانه امره بالضمان عنه وانما يصير ضامنا عنه اذا كان على المحيل دين فكان اقرارا هنا بالمال عليه انتهى.

18 Muhâlün-aleyh, havâleten aldığı borcu yine muhîl üzerine havâle edebilir. Sonra muhîl, tekrar bunu muhâlün-aleyh üzerine havâle ve bu muâmele gayr-i merretin tekrar eyleyebilir.

19 Muhâlün-aleyh bu ibrâyı reddetse bile merdûd olmaz.

tasadduk edip de muhâlün-aleyh dahi] hîbe ve tasadduku [**kabûl etse kezâlik**] muhâlün-aleyh [**deynden berî olur.**] *(Redd-i muhtâr)* Amma muhâlün-aleyh hîbe ve tasadduku kabûl etmeyip redd etdiğinde hîbe ve tasadduk merdûd olur.

Muhâlün-aleyh hîbe ve tasadduku redd veya kabûl etmeyerek sükût eylese, hîbe ve tasadduk sahîh ve muhâlün-aleyh deynden berî olur mu? Zâhir olan olur. 847. maddede, dâyin alacağını medyûna hîbe edip de, o dahi redd eylemese, hîbe sahîh ve deyn hemen sâkıt olduğu gibi.

Metn-i *Mecelle*'de ibrâyı hîbe ve tasadduktan, "olduğu gibi" ibâresiyle ayırmasının sebebi, "muhâlün-aleyh bu ibrâyı redd etse bile.........ilâ âhirihî" şerhinden anlaşılır. Tâbir-i diğerle muhâlün-leh muhâlün-aleyhi ibrâ etdiğinde muhâlün-aleyh berî olur. Muhâlün-aleyh gerek sükût, gerek ibrâyı kabûl ve gerek reddetsin. Yâni muhâlün-aleyhin reddetmesiyle mezkûr ibrâ merdûd olmaz. Zîra 673. madde şerhinde zikrolunduğu üzre havâle bi-hasebi'l-ma'nâ te'cilden ibâret olarak ibrâ ve iskāt-ı mezkûr, iskāt-ı mutâlebe olup, mutâlebenin iskātı ise iskāt-ı mahz ve binâenaleyh temlîki gayr-i mutazammın ve bu vechile iskāt-ı mahz olanın redd-i gayr-i mümkündür.

Bu takdirlerde muhâlün-aleyhin muhîle rücû'una dâir olan mesâil, mâdde-i ânife şerhinde beyân kılınmakla oraya mürâca'at ediniz.

Bir de medyûn dâyinini borcuyla bir kimse üzerine havâle ettikden sonra mezkûr borcuyla diğer bir şahıs üzerine havâle eylese havâle-i sânîye sahîh ve havâle-i ûlâ münfesih olarak o kimse havâle olunan deynden berî olur. *(Redd-i muhtâr ve Ankaravî)*

700. MADDE

[**Muhâlün-leh fevt olup da muhâlün-aleyh ona**] hasran [**vâris olsa, havâlenin hükmü kalmaz.**] Artık muhâlün-aleyhden kimesne tarafından hiçbir şey mutâlebe olunamaz. Binâenaleyh muhâlün-aleyh deynden berî olur. Çünkü muhâlün-aleyhden muhâlün-bihi mutâlebe edecek kimesne kalmamıştır. Kendi nefsinden talebin ma'nâsı yoktur. Dâyin vefât edip de kefîl ona munhasıran vâris olsa kefîl berî olduğu gibi. (667. maddeye bak.)

Bu takdirde muhâlün-aleyh muhîle rücû' edebileceği 698. madde şerhinde beyân olunmuştur.

Şerhan hasran vâris olsa denildi. Zîra muhâlün-leh için muhâlün-aleyhden başka vâris olunca muhâlün-aleyh ancak kendi hisse-i irsiyyesi miktarında deynden berî ve diğer vârislerin hisseleriyle mutâleb olur. Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle idi. (667. maddeye bak.)

Meselâ muhâlün-lehin vârisi muhâlün-aleyh olan oğluyla beraber diğer bir oğlu dahi bulunsa, muhâlün-aleyh nısf-ı muhâlün-bihden berî olur. Muhâlün-aleyh, nısf-ı âharı muhâlün-lehin diğer vârisine, tâbir-i âharla muhâlün-aleyh diğer biraderine vermesi lâzım gelir.

Şu madde ile mâdde-i sâlifedeki îzâhatdan anlaşılır ki muhâlün-aleyh yedi sûretle berâet eder. l- edâ, 2-diğeri üzerine havâle, 3-ibrâ, 4- hîbe, 5-tasadduk, 6-muhîlin muhâlün-lehi diğer biri üzerine havâle etmesi, 7-muhâlün-leh fevt olup da muhâlün-aleyhin ona munhasıran vâris olması.

İrade-i Seniyye Tarihi: 25 Safer sene 288

بعونه تعالى تم شرح الحواله ويليه شرح الرهن

Şerh-i Kitâbü'r-Rehn

KİTÂB-I HÂMİS

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله واجب الوجود بالايقان. ذى اللطف والجود والكرم والاحسان.
راهن النفس بما كسبت يوم الحشر والميزان. والصلاة والسلام على نبينا المصطفى
من اشرف الانسال من نسل عدنان. الشفيع المشفع لاهل العصيان.
وعلى آله واصحابه الحابسين انفسهم لنصرة الحق واهل الايمان.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'R-REHN

KİTÂB-I HÂMİS

Rehin hakkında olup bir mukaddime ile dört bâbı şâmildir.

Rehnin meşrû'iyyeti Kitab, Sünnet, İcmâ'-ı ümmet, Kıyâs ile sabit olmuştur.

Kitab: "***Fe rihânün makbûzatün***" (Bakara 2/283) kavl-i celîlidir. Âyet-i mezkûre ihbâr sîgasiyle emr olarak bundan evvelki ayet-i kerime ile beraber "Ve in küntüm müsâfirîne ve lem tecidû kâtiben fertehinû rehnen makbûzaten vesîkaten bi emvâliküm." "Yani siz, hal-i seferde bulunup da alacağınıza mukābil sened yazacak kâtib bulamaz iseniz emvalinizi tevsîk ve istîfâsını temin için alacağınıza mukābil rehin alınız." diye tefsir olunmuştur.

Sünnet-i Seniyye: Fi'lü'r-Resûl ile takrîru'r-Resûl'den ibâretdir.

Fi'lü'r-Resûl: Resûl âlî-makām aleyhissalâtü ve'sselâm; Ebu'ş-Şahm nam Yehudiden bir vesk [1] şa'îri iştirâ ile semeni mukābilinde zât-ı sa'âdet-âyâtlarına mahsus olup esnâ-yı muhârebede telebbüs eyledikleri zırhı rehin buyurmuştur. Resûl-i Kibriyâ Habîb-i Hudâ sallallahü Te'âlâ aleyhi ve sellem, mesken-i muvakkatten na'îm-i mukīme rıhlet buyurdukları zemana kadar bu rehni istihlâs edecek şey bulamadıkları cihetle hîn-i vefâtlarında mezkûr zırh merhûn olmakla muahharan Halîfe-i Resûlillah Ebubekri's-Sıddîk radıyallahü Te'âlâ anh mukābilini bi'l-i'tâ, merhûnu bi'l-istihlâs ve istirdâd etmiştir.

Bu sünnet-i seniyye o Vücûd-ı Mukaddesin kemâl-i tevâzu'una ve dünyadan mezîd-i i'râzına delâlet eder. Dâr-ı dünya kendilerince gayr-i maksûd ve matlûb-ı âlî-i takvâ-penâhîleri rızâ-yı ma'bûd idi. Resûl-i Hudâ o uğruna canlarını fedâ ve mallarını sarf ve ifnâya hâzır ve bununla müftehîr bunca sahâbe-i kirâm ile muâmelede bulunmayıp da bir Yehûdiden şaîri iştirâ ve semeni mukābelesinde rehin buyurmasının hikmeti; bun-

---

1 Vesk, altmış iki bin dört yüz dirhemi istîâb eden ölçektir.

lar Resûl-i âlî-câhdan para almayacaklarından onları rahatsız etmek istememesidir. *(Şerhu'ş-şemâil li-Aliyyi'l-Kārî ravâhü Müslim ve Buhârî, Zeyla'î ve Kifâye şerhu'l-Hidâye)*

Bu sünnet-i seniyyeden Meşâyih rahimehumu'llahü Te'âla birkaç ahkâm istihrâc etmişlerdir.

Evvelen: Her mal-ı mütekavvimin rehni câizdir. O mal gerek tâat için i'dâd olunmuş olsun, gerek olmasın... Çünkü Aleyhissalâtü vesselâm Efendimizin zırhı, cihad için i'dâd olunmuş idi. Bu cihetle hadîs-i mezkûr, rehn-i Mushaf'ın cevâzına dahi delalet eder. Yoksa bazı müte'assifenin beyânı vechile "Tâat için i'dâd olunmuş olan şeyin rehni câiz değildir." denilmez.

Sâniyen: Rehin hâl-i seferde câiz olduğu gibi zemân-ı hazarda dahi câizdir. Çünkü Resûlüllah sallallahü Te'âlâ aleyhi ve sellemin mârru'z-zikr rehni, Medîne-i Münevvere'de hâl-i ikāmetinde vukû' bulmuştur. Vâkı'a âyet-i celîlede ***"Ve in küntüm alâ seferin ve lem tecidû kâtiben fe-rihânün makbûzatün"*** (Bakara 2/283) vaki' olmuştur. Ancak maksûd cevâz-ı rehnin râhin ve mürtehinin hâl-i seferde bulunması ile meşrût olduğunun beyânı değil; belki nâsın mu'âmelâtında o vakit i'tiyâd ettiklerini zikirdir. Zîra nâs gāliben sened ve şuhûdla te'min ve tevsîk-ı deynin imkânı müteazzir olduğunda rehne meylederler; ve bu hal ale'l-ekser zemân-ı seferde olur idi.

Sâlisen: Mürtehin, râhinin hal-i hayâtında da vefâtından sonra da merhûna ehakk olur. Zîra Aleyhissalatü vesselam Efendimizin zırhı vefâtlarından sonra dahi merhûn idi. Mürtehin, eğer râhinin vefâtından sonra merhûna ehakk olmasa idi dir'i'r-Resûl sallallahü Te'âlâ aleyhi vesellem ba'de vefâtihi merhûn olmaz idi. *(Kifâye Şerh-i Hidâye)* Bu ehakkıyyet *Mecelle*'nin 729. maddesinde dahi musarrahtır.

Râbi'an: Nes'et-i bey' ve şirâda beis yoktur. Çünkü şirâ-i Resûl-i Kibriyâ semen-i mü'eccel ile idi.

Hâmisen: İstidânede dahi beis yoktur. Zîra nes'et-i iştirâ istidânedir. Ma'a-zâlik insana lâyık olan, borcunu edâya müsâra'at etmelidir; tâ ki mevt ona idrâk edip borçlu kalmasın.

Takrîrü'r-resûl: Nâs rehin muâmelesini icrâ edegeldikleri zemanda Hazret-i Muhammed sallallahü Te'âlâ aleyhi ve sellem meb'ûs olmuş ve nâsı bu muâmeleleri üzerine takrîr buyurmuştur. Ta'bîr-i diğerle nübüvvet-i şerrefe âlem-bihâsı kendisine ihsân buyurulduktan sonra dahi nâsı rehin ve irtihândan men' etmemişlerdir.

İcmâ'-ı Ümmet: Rehnin meşrû'iyyetine icmâ'-ı ümmet vâki' olmuştur.

Kıyâs: Meşrû'iyyet-i rehin, delil-i aklî -kıyâs- ile dahi isbât olunmuştur. Deynin biri taraf-ı vücûb, diğeri de taraf-ı istîfa olmak üzre iki tarafı vardır. Deyn evvelen zimmetde sâbit ve bununla taraf-ı vücûb hasıl olur. Sâniyen mal istîfâ olunur; bununla taraf-ı istîfâ

tahakkuk eder. *(İnâye)* İmdi zimmete muhtass olan tarafta vesika -ki kefâletdir- câiz olduğu gibi mala muhtass olan taraftaki vesika -rehin- dahi câizdir. Belki bunun cevâzı bi tarikı'l-evleviyettir. Zîra maksûd olan istîfâ olup vücûb, istîfâya vesiledir. *(Hidâye ve şurûhuhâ)*

Rehnin hem dâyine hem de müstedîne fâidesi vardır. Şöyle ki: Şerh-ı kefâlet evâilinde beyân olunduğu üzre kefâletde hem dâyin, hem de medyûna iyilik ve menfa'at olduğu gibi, rehinde dahi hem dâyin, hem de medyûna iyilik ve menfa'at vardır. Müstedîn -borç alan- kendisine bilâ-rehn idâne eder kimseyi çok defa bulamayacağı ve o halde bi'l-istidâne def'-i hacet edemeyerek düçar-ı zarûret olacağı gibi müdîn -borç veren- dahi medyûnun kendi alacağını inkâr yahut istîfâ-yı hak edebilecek malını bırakmamak sûretiyle emvâlini israf yahud medyûnun diğer dâyinlerinin emvâl-i medyûndan alacakları nisbetinde hisse almak cihetleriyle hakkının kâmilen yahut kısmen telefi havfinden, dâyin dahi emin kalır. Bu cihetle rehinde hem dâyine hem de medyûna nef' ve fâide vardır. *(Zeyla'î)*

Fakat bu iki menfa'at mukâyese edildiğinde râhine âit olan menfa'at muazzam ve büyüktür.

Bu cihetle 724. maddedeki masârif ona aid oldu. *(Lisanü'l-hükkâm)*

Yine bu cihetle madde-i âtiye şerhinde beyân olunacağı üzre merhûn, yed-i mürtehinde telefinden sonra ona müstahık zuhûr ederek mürtehine tazmîn ettirildiğinde o da 658. maddenin şerhine mebnî râhine rücû' eder.

Vesîka dörttür: Rehin, kefâlet, havâle ve mebî' fî yedi'l-bâyi'dir. Fakat bunların beynlerinde fark vardır; şöyle ki: Rehin mal ile, kefâlet ve havâle zimmet ile akid ve vesîkadır. Amma mebî' fî yedi'l-bâyi' yalnız vesîka olup akid değildir. Kendisiyle bir şey tevsîk ve tekid olunan şeye vesîka denilir. *(Şiblî)*

ŞERH-İ KİTÂBÜ'R-REHN

MUKADDİME

Rehne dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.

Rehin, lugat-i Arab'da bir sebebden dolayı bir şeyi mahbûs ve mevkūf kılmaktır. Sebeb-i mezkûr hangi sebeb olur ise olsun; ta'bîr-i diğerle, ister deyn sebebinden ve ister esbâb-ı sâireden dolayı mahbûs kılınsın. Ve o şey gerek mal olsun ve gerek olmasın.[1] Binâenaleyh rehnin madde-i âtiyedeki mânâya nakl ve isti'mâl edilmesi, naklü'l-âmm ile'l-hâss kabîlinden olur. *(Hidâye)*

701. MADDE

[**Rehin**] ıstılah-ı fukahâda [**bir malı ondan**] küllen veya ba'zan [**istîfâsı mümkün olan bir hakk**]-ı mâlûm veya -alâ rivayetin- hakk-ı mechûl [**mukābilinde**] alâ vechi't-teberru' mürtehin veya adl yedinde [**mahbûs ve mevkūf kılmaktır.**] Diğer bir ta'birle râhinin mürtehin veya adl yedinde bir malı mahbûs ve mevkūf kılmasıdır.

"Mahbûs ve mevkūf kılmaktır." denilip de "Habs ve tevkīf etmektir." denilmemesi şundan dolayıdır: Habs ve tevkīf eden mürtehindir; râhin değildir. Amma mahbûs ve mevkūf kılan râhindir. *(Redd-i muhtâr)* İmdi mahbûs ve mevkūf kılmak, râhine aid fi'l-i ihtiyârî olmakla, bu ta'bîrden, ta'rîfde mu'teber olan alâ vechi't-teberru' kaydı müstefâd olacağı cihetle kayd-ı mezkûr ta'rîf-i rehnde sarâhaten zikre lüzûm görünmemiştir, denilebilir. Mevkūfun mahbûsa atfı, atf-ı tefsirdir.

[**Ve ol mala merhûn denildiği gibi**] mef'ûlü masdar ile tesmiye kabîlinden olarak [**rehin dahi denilir.**] *(Mecme'u'l-enhur ve Hidâye)*

---

1 قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهنية اى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى, كفايه شرح الهدايه.

Taksîmü'l-istîfâ: Ta'rîfte vâki' istîfânın sûret-i mutlakada zikredilmesinden anlaşıldığı üzre istîfânın küllen ve kezâ ba'zan olmasına âmm ve şâmildir. Nitekim esnâ-yı şerhde işâret olunmuştur.

Küllen istîfâ; rehnin kıymeti deyne vefâ ettiği, yâni rehnin kıymeti, deyne müsâvî veya ziyâde bulunduğu takdirde olduğu gibi; ba'zan istîfâ dahi rehnin kıymeti ve bedeli deynden nâkıs kaldığı sûrettedir. (399., 400. ve 401. maddelere bakınız.) Binâenaleyh merhûnun kıymeti deynden ekall olduğu sûretde deynin o merhûndan istîfâsı gayr-i mümkün olmakla ta'rîf-i rehn, sûret-i mezkûreye şâmil ve binâenaleyh efrâdını câmi' olmaz denilmez. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Sûret-i istîfâ iki vechile olur:

Vech-i evvel: Hakīkaten istîfâdır. Bu, 760. ve 761. maddelerde beyân olunduğu üzre rehnin bi'l-vekâle bey' ile semeni alacağa mahsûb edilmekle olabileceği gibi 757. ve 758. maddelerde zikrolunduğu üzre bilâ-vekâleten bey ile semeni alacağa mahsûb olunmakla dahi olur.

Vech-i sâni: Hükmen istîfâdır. Bu da rehnin mürtehin veya adl yedinde telefiyle hâsıl olur. Nitekim 741. madde şerhindeki lâhikada izah edilecektir.

Hakk-ı mâlûm mukābilinde rehin, meselâ bir kimse diğer kimesneye olan bin kuruş borcu mukābilinde mâlûm bir malını terhîn etmekle hâsıl olacağı gibi, hakk-ı mechûl mukābilinde rehnin dahi bir rivâyetde câiz olduğu 710. madde şerhinde beyân olunur.

Bu maddede "rehin dahi denilir" fıkrasındaki rehin lafzı, sadr-ı maddede vâki' olan rehin mânâsına değil, merhûn mânâsınadır.

Bu ta'rîfin hulâsası şudur: Rehin bir malı bir hak mukābilinde mahbûs ve mevkūf kılmaktır ki, o hakkın mâl-ı mezkûrden istîfâ edilmesi yâni mezkûr hakkın o maldan alınabilmesi mümkün olsun. *(Hidâye)*

İmdi mevâdd-ı âtiyedeki rehin lafzı ba'zan "bir malı ondan istîfâsı....." mânâsına isti'mâl olunduğu gibi, ba'zan dahi "merhûn" mânâsına kullanılmış olmakla lafz-ı rehne makāma ve karineye göre mânâ verilmek lazım gelir. Nitekim 702., 703., 704. ve 705. maddelerde mânâ-yı sânîde ve 706. ve 707. maddelerde mânâ-yı evvelde isti'mâl olunmuştur.

Hafî olmaya göre 706. maddede beyân olunduğu ve şerhan dahi îzâh olunacağı üzre rehnin in'ıkādında îcâb ve kabûl kâfîdir; kabz-ı merhûn lazım gelmez. Ancak tamâmiyyet-i rehnde kabz-ı merhûn muktezî olduğundan bu ta'rîfde "mahbûs ve mevkūf" kayıtlarının zikir ve îrâd edilmesi ile, ta'rîf-i mezkûr rehn-i lâzime ve ta'bîr-i diğerle, rehn-i tâmma mahsus ta'rîf olur. Çünkü kable'l-kabz rehnde habs yâni merhûnu mürtehinin veya adlin tevkīf etmesi bulunmaz. Ve binâenaleyh râhinin kable'l-kabz rehnden hakk-ı rü-

cû'u vardır velev ki mürtehin râzî olmaya. *(Redd-i muhtâr)* "Mahbûs ve mevkūf" kayıtları rehn-i mutlak mâhiyyetinden cüz' değilse de rehn-i tâm -rehn-i lâzım- mâhiyyetinden cüzdür. *(Redd-i muhtâr)*

Tavzîhu'l-kuyûd:

"Bir" lafzı isneyn mukābili olan vâhid mânâsına değil, belki tenkîr için kullanılmıştır. Yâni hangi mal olursa olsun demektir. Binâenaleyh merhûn meselâ bir tâne yüzük olabileceği gibi, iki yüzük ile üç sa'at dahi olabilir. Nitekim 731. maddede dahi zikrolunmuştur.

"Malı" ta'bîriyle, hür olan benî Âdem ve lâşe gibi asla mal olmayandan ihtirâz yâni asla mal olmayan şeyin merhûn kılınmasının adem-i sıhhatine işâret olundu. Nitekim âtîde îzâh olunur.

Kezâ mal lafzıyla vakıf ile arz-ı mîrînin rehn edilmesinin adem-i cevâzına işâret olundu. Vâkı'a gerek bi'l-icâreteyn tasarruf olunan müsakkafât ve müstegıllât-ı mevkūfenin ve gerek arâzi-i emîriyyenin rehin hükmünde olan deyn mukābilinde izn-i mütevellî ve izn-i sâhib-i arz ile vefâen ferâğı câiz ise de bu muâmelenin rehnden üç türlü farkı vardır.

Birincisi; ismen farktır. Buna rehin denilmeyip, ferâğ bi'l-vefâ ıtlak olunur.

İkincisi; hükmen farktır. 741. madde şerhinde zikrolunacağı üzre telef-i rehin ile merhûnun kıymeti miktarınca sukūt-ı deyn lâzım geldiği halde bunların telefiyle yâni meselâ bi'l-icâreteyn tasarruf olunan akār, yed-i mefrûğun-lehde muhterik olmuş yahut mefrûğ arâzi-i emîriyye su altında kalıp imkân-ı intifa'dan çıkmış olmasıyla sukūt-ı deyn lâzım gelmez.

Üçüncüsü; bi'l-icâreteyn tasarruf olunan musakkafât ve müstegıllât-ı vakfiyye ve arz-ı miri vefâen ferâğ edilmeyerek emlak-i sırfe gibi rehn olunduğunda, râhin merhûnu mürtehinden bilâ şey istirdâd eder. Ve kable't-taleb bunlar yed-i mürtehinde telef olsa, bilâ şey telef olur; deyn sâkıt olmaz. Zîra rehn-i bâtılın hükmü yoktur. Amma bir mal, rehin ve teslim olunduğunda sahîh, yâni vefâen bey'a gayr-i muhtâc olup artık râhin kable edâi'd-deyn rehni istirdâd edemez.

Bu gibi ta'rîflerde cins i'tibâr edilen kelime, min vechin medhal olduğu gibi, min vechin âhar mahrec dahi olabilir. Nitekim 126. maddede ta'rîf edilen malın mânâsına göre bu ta'rîfde "malı" ta'bîri bu i'tibârla mahrec olmuştur. Yâni bu ta'rîften arâzi-i emîriyye ve müstegıllat-ı vakfiyye gibi mal olmayan şeyleri ta'rîften çıkarmıştır. Zâten çıkarılması dahi lâzımdır.

"Hak" lafzı "ondan istîfâsı .....ilâ âhirihi" ta'bîrinden muahhar ise de, min haysü'l-mânâ ondan mukaddemdir. Atîde îzâh olunacağı ve 710. maddede musarrah bulunduğu vechile hakdan maksûd, hakk-ı malîdir. Buna delil dahi "ondan istîfâsı .....ilâ âhirihi" sıfatıdır. Yâni bir hak ki o hakkın o maldan istîfâsı mümkün olur demektir.

Bu cihetle hakk-ı kısas mukābilinde rehin almak sahîh olmadığı gibi, hakk-ı yemin ve kefâlet bi'n-nefs ve şüf'a mukābilinde dahi rehin almak sahîh olmayıp bâtıldır. Zîra meselâ kısas ve yemin hakk-ı mâlî değildir. Yâni bunlar rehnden istîfâsı mümkün olan hak değildir. *(Hindiyye fi'l-fasli's-sâlis mine'l-babi'l-evvel mine'r-rehin ve Redd-i muhtâr)*

Yine bu cihetle, bir terzi ile, bi'n-nefs dikmek üzre, akd-i mukāvele edip de hıyâta "dikmek" mukābilinde terziden rehin alsa câiz olmayacağı gibi bir kimse muayyen bir dâbbe üzerine filan şey yükletmek üzre onu istîcâr edip de mûcirden hamûle mukābilinde rehin alsa câiz olmaz. (539. ve 571. maddelere bakınız.) *(Hâniyye).* Zîra nakl-i hamûlenin bu rehinden istîfâ edilmesi mümkün olmaz.

Yine bu cihetle, bir kimse hana nazil olmakla, hancı o kimseye "Bir şey bırakmayınca seni hana koymam." demesiyle, o kimse dahi hancıya bir mal verdiğinde, bakılır: Eğer han kirasına mukābil vermiş ise rehin sahîh ve o şey, mezkûr kira mukābilinde 741. madde şerhindeki lâhika vechile mazmûn olur. Eğer o kimsenin, hırsız olmamasına teminat olmak üzre vermiş ise, bu rehnin mukābili mal olmamakla, rehin sahîh olmaz. Lakin mezkûr mal hancı yedinde telef olduğu takdirde zâmin olur. Şu kadar ki fakîh Ebulleys "O kimseden mal-ı mezkûr cebren alınmış olmamakla hancıya zamân lâzım gelmez." demiştir. *(Bezzâziyye ve Hâniyye)* Kavl-i evvele göre hancıya sebeb-i zamân nedir? Rehnin mukābili mal olmayınca rehin bâtıl olur. 710. madde şerhinde zikrolunacağı üzre rehn-i bâtılın asla hükmü olmayıp sırf emânet olmakla zamân îcâb etmemek lâzım gelir idi. Lealle o kimse mezkûr malı hancıya verdikten sonra geri isteyip de vermemekle ba'dehü yedinde telef olsa zâmin olur, demektir. Mûdi', müstevda'den vedî'ayı taleb ettiği helde, müstevda' vediayı vermeyip ondan sonra yedinde telef olsa, zamân lâzım geleceği gibi. (794. maddeye bakınız.)

Tarîfteki "hak" dan maksûd deyndir. Deynin ta'rîfi 158. maddede geçti. Bu vechile deyn olmayan şey bi'l-farz, ayn mukābilinde rehin câiz değildir. Meselâ bir kimse, şu muayyen altınlar mukābilinde bir mal iştirâ edip de, o altınlar için bir malı rehn etse bâtıl olur. Zîra 243. maddede beyân olunduğu üzre mezkûr altınlar akd-i bey'de tâyin ile ta'ayyün eylemez. Belki müşteri üzerine zimmetde sâbit olan, lâ ale't-tâyin beş lira lâzım gelir. Rehn-i mezkûr ise zimmetde sâbit olan meblağa muzâf kılınmadığına binâen sahîh ve mün'akid olmaz. *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel fi'l-fasli's-sâlis mine'r-rehn)*

Taksîm-i düyûn: Deyn-i mezkûr burada ber-vech-i âti taksîm olunur.

Kısm-ı evvel: Hakīkaten deyndir. Karz, semen-i mebîʻ, bedeli icâre, bedel-i mütlef "telef edilen malın bedeli", bedel-i mağsûb, re'ს-i mâl-ı selem, müslemün-fîh, bedel-i sırf gibi.

Deyn-i hakiki üç nevʻdir:

Nevʻ-i evvel; zâhiren ve bâtınen lâzım yâni medyûn üzerine te'diyesi vâcib olan deyndir. Zikrolunan semen-i mebîʻ, karz, bedel-i icâre gibi. Nitekim harâc ve erşü'l-cinâye dahi bu nevʻ düyûndan olmakla, bunların mukābilinde rehin verilmek sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel fi'l-fasli's-sâlis ve Zahîre)*[2]

Kezâlik müstevdaʻ veya mudârib, mal-ı vedîʻa, veya mudârebenin helâkini daʻvâ ve mal sâhibi istihlaki iddia edip de sulh olarak bedel-i sulh için rehin verilse sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-babi's-sâni aşara mine'r-rehin)*

Nevʻ-i sâni: Yalnız zâhiren lâzım olup da bâtınen lâzım olmayan deyndir. Bir kimse, meblağ-ı muayyen mukābilinde diğer kimesneye rehin verdikden sonra, râhin ile mürtehin deyn-i mezkûrün re'sen adem-i mevcûdiyyetine tesâduk etmeleri gibi.

Kezâ bir kimse, diğer kimesneden bin kuruş dâva ve o kimesne inkâr etmekle, dört yüz kuruşa baʻde'l-musâlaha o kimesne dört yüz kuruş kıymetli bir malı o kimseye meblağ-ı mezkûr için terhîn etse ve muahharen rehn-i mezkûr mürtehin yedinde telef olarak, baʻdehü tarafeyn, deynin mevcûd olmadığına tesâduk etseler bu rehin dahi sahîh olmakla mürtehin, rehnin kıymetini râhine zâmin olur. *(Hâniyye)*

Kezâlik, bir kimse başkasına sattığı malın semeni mukābilinde rehin aldıktan sonra mezkûr mal müşteri yedinde bi'l-istihkāk zabt edilse rehn-i mezkûr sahîh olacağından, mürtehin yedinde telef olduğu takdirde mürtehine zamân lâzım gelir. Yâni mürtehin, rehin ile mebîʻin hangisi kıymetçe az ise onu zâmin olur. Çünkü deyn zâhiren sâbit olmakla onun üzerine ahkâm-ı rehn terettüb eder. Zîra ahkâm-ı şerʻiyye zâhire binâ kılınır. Serâir-i ahvâl, Cenab-ı Hakk'a meksûftur; ıbâda değil. *(Zeylaʻi, Hindiyye ve Redd-i muhtâr)*

Kezâlik, bir kimse mezbûh zanniyle eti diğer kimesneye beyʻ ile semeni mukābilinde rehin aldıktan sonra mezkûr etin lâşe olduğu zâhir olsa, rehn-i mezkûr sahîh ve lede't-telef mürtehin üzerine ber-vech-i mezkûr mazmûn olur. Meselâ bir kimse, laşeyi yüz kuruşa satıp da mukābilinde yüz kuruş veya daha ziyâde kıymetli malı rehin alsa da rehn-i mezkûr mürtehin yedinde telef olsa, mürtehin yüz kuruşu râ-

2 Zîra deynlerin esbâb-ı vücûbu muhtelif olmakla beraber cümlesinin te'diye ve ifası lâzım olur. Binâenaleyh bunlara mukâbil rehin vermek sahîh olur. *Lisanü'l-hükkâm*.

hine zâmin olur amma rehnin kıymeti yüz kuruştan ekall ise, yalnız rehnin kıymetini zâmin olur; ziyâdesini değil. *(Dürer ve Hâniyye)*

Ve kezâlik bir müslim, sirkeyi satın alıp mukābilinde bir malı rehn ettikten ve mezkûr rehin, mürtehin olan bâyi'in yedinde zâyi' olduktan sonra, o sirkenin şarab olduğu anlaşılsa, mürtehin rehni zâmin olur. *(Hâniyye)*

Hulâsa, zâhiren, vücûb-ı deyn sıhhat-i rehnde kâfidir. Zîra zâhiren vâcib olan deyn, deyn-i mev'uddan âkiddir. Yâni daha ziyâde kuvvetlidir. Deyn-i mev'ud mukābilinde rehin câiz olduğu gibi, zâhiren vâcib olan deyn mukābilinde dahi rehin câizdir. *(Redd-i muhtâr)*

İşte bu nev'-i sâni deyn mukābilinde dahi rehin sahîh olup, nev'-i evvel gibi mezkûr rehin, mürtehin yedinde telef olunca 741. madde şerhinde zikrolunacak lâhikadaki tafsîlât vechile mazmûn olur. *(Bezzâziyye)*

Fakat, bu zamânda tafsîlât-ı âtiye cereyan eder. Şöyle ki: Meselâ bir kimse, bin kuruş borcu mukābilinde diğer kimesneye bin kuruşluk yüzüğünü ba'de't-terhîn, râhin ile mürtehin deyn-i mezkûrün re'sen mevcûd olmadığına tesâduk etseler bakılır: Tesâduk-ı mezkûr eğer rehin, mürtehin yedinde telefinden sonra vukû' bulur ise, mürtehin mukābilinde rehin verilmiş olan deyni râhine reddeder ve rehnin kıymeti bin kuruştan ziyâde olsa bile mürtehin ziyâdesinden mes'ûl olmaz. *(Hâniyye)* Zîra rehin helâk olduğu vâkit deyn, bi-hasbi'z-zâhir vâcib idi ve deynin bi-hasbi'z-zâhir vücûbu zamân-ı rehnde kâfîdir.

Tesâduk-ı mezkûr, eğer rehin mürtehin yedinde telef olmadan evvel vukû' bulup da, ba'de't-tesâduk rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde kable talebi'r-râhin ve'l-men' mine'l-mürtehin telef olunca, bu takdirde meşâyih-ı İslâmiyye ihtilâf etmişlerdir. ***Sâhib-i Hidâye***'ye göre mazmûnen telef olur. Diğer bazı meşâyiha göre emâneten telef olur. Zîra râhin ile mürtehinin, deynin mevcûd olmadığına tesâduk etmeleriyle deyn-i asıldan müntefî olup bi-dûni'd-deyn ise, rehnin zamânı kalmaz. "Esbîcâbî" nam zat, sevab olan da budur demiştir. *(Ebusuud, Redd-i muhtâr kubeyle babi'l-cinâyât, Bezzâziyye ve Mecme'u'l-enhur)* Hatta ***Hâniyye***'de bu ikinci sûretde rehnin adem-i mazmûniyyetindeki ihtilâf inkâr olunduğu beyân edilmiştir. Amma tesâduk-ı mezkûrden sonra râhin merhûnu taleb eylemiş ve mürtehin dahi redd ve iâdeye muktedir bulunmuş iken iâdeden imtinâ' edip de ba'dehü telef olduğunda mürtehinin iâdeden imtinâ'ı zemânındaki kıymetini zâmin olur. (794. maddeye bakınız.)

Nev'-i sâlis; henüz lâzım olmayıp fakat sebeb-i lüzûmu vakt-i akd-i rehnde mevcûd bulunan deyndir. Ücret mukābilinde rehin gibi. Meselâ bir kimse hânesini bir yıllık olmak üzre, bin kuruş ücretle diğer kimesneye îcâr ettiğinde, bedel-i îcâr o

kimesne üzerine şart-ı ta'cîl yahut istîfâ-yı menfa'at gibi bir vechile henüz lâzım olmadan bedel-i mezkûr için o kimesnenin o kimseye i'tâ eylediği rehni mürtehin yedinde telef olduğunda nazar olunur. Rehnin telefi ba'de istîfâi'l-menfa'at ise âcir olan mürtehin, merhûnun kıymeti miktarınca ücreti istîfâ etmiş addolunur. Yâni bu sûretde 741. madde şerhindeki lâhıka vechile muâmele edilir. Ve bu telef kable istîfâi'l-menfa'at ise rehin bâtıl olarak mürtehin üzerine rehnin kıymetini râhine reddetmek lâzımdır. *(Hindiyye ve Hâniyye)*

"Tamam-ı kıymeti mi reddetmek lâzım, yoksa râhin istîfâ-yı menfa'at edecek olduğunda ne miktar ücret lâzım gelecekse, ol miktar kıymeti mi reddetmek muktezîdir?" sualine Fetvâhâne-i Âlî "Tamam-ı kıymeti reddetmek lâzımdır." cevabını vermiştir.

Henüz vâcib olmadığı gibi sebeb-i vücûbu dahi mevcûd olmayan deyne mukābil rehin câiz değildir. Derk mukābilinde rehin gibi ki, âtîde tafsil olunur. Nitekim bir kimse diğer kimesneye bir malı bi'l-i'ta o kimesneye "Bunu sat sana ücret vereyim." deyip mikdar-ı ücreti tesmiye eylese de, ücret-i mezkûreye mukābil verdiği rehin yed-i mürtehinde zâyi' olsa, İmam Muhammed rahimehü'llahü Te'âlâ'dan rivâyet olunduğuna göre rehnin zamânı gelmez. *(Hâniyye)*

Kısm-ı sâni: Hükmen deyndir. Mal-ı mağsûb, bey'-i fâsid ve tesmiye-i semen olunarak sevm-i şirâ ile makbûz misillü âyân-ı mazmûne bi-nefsiha gibi. *(Lisanü'l-hükkâm)* Yâni vaz'-ı yed eden şahıs nezdinde telefi takdîrinde misliyâttan ise mislinin ve kıyemiyâttan ise kıymetinin şahs-ı merkūm üzerine zamânı lâzım gelen ayn, deyn hükmünde olmakla onun mukābilinde dahi rehin almak câizdir. Hatta mürtehin aynı istirdâd edinceye değin, rehni habs ve tevkīf edebilir *(Lisanü'l-hükkâm ve Mecme'u'l-enhur).*

A'yân-ı mezkûrenin deyn olması şundandır. A'yân-ı mezkûrede mucib-i aslî, ekser meşâyiha göre kıymet ve bedeldir; redd-i ayn mahlasdır. Bedel-i mezkûr ise deyndir. Buna binâen ona kefâlet câizdir. Vakı'â bunlarda bedelin vücûbu ba'de'l-helâkdir. Lâkin mu'teber olan yevm-i kabzdaki kıymetdir. Binâberîn bu da deynin sebeb-i vücûbu mevcûd olduktan sonra rehn olacağından, rehin sahîh olur.[3]

Mehir ve dem amdden sulh, bedeli a'yândan olduğu takdirde, bu kabîldendir.

A'yân-ı mazmûne bi-nefsihâya mukābil rehnin hükmü bu ayn mukābilinde verilen rehnin hükmü 741. madde şerhinde îzâh olunur.

---

3 كما فى الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة, هدايه.

Sual: Ta'rîfde vâki' hakdan maksûd, deyn ile ayndan eam bir mânâ i'tibâr edildiği takdirde bu gibi a'yân-ı mazmûne bi nefsihâ ta'rîfde hak ta'bîrinde bilâ-te'vil dahil olur. Şu halde hakdan maksûd deyndir; demek îcâb etmez.

Cevab: Bir ayn, deyn olmadıkça onun rehinden istîfâsı mümkün olmaz. Görülmez mi ki mağsûb yüzük mukābilinde, bir sa'at rehn olunduğunda sa'atden aynen yüzüğün istîfâsı mümkün olamaz. *(Redd-i muhtâr)*

Amma kable'l-kabz mebî' gibi a'yân-ı mazmûne bi gayrihâ yahut vedî'a, âriyet, mal-ı şirket, mal-ı mudârebe, emânât-ı sâire gibi a'yân-ı gayr-i mazmûne mukābilinde rehin almak câiz olmaz; bâtıldır. *(Tekmile-i Bahr)* Hatta rehn-i mezkûr, mürtehin yedinde telef olsa mürtehine bir şey lâzım gelmez. *(Hindiyye)* Nitekim 710. maddede tasrîh ve sebebi şerhinde beyân edilecektir.

Meselâ bir kimse, elbiseciden başkasına gösterip ba'dehü almak üzre sevm-i nazar tarîkıyla elbise isteyip de o da rehinsiz vermemekle o kimse bir malı onun nezdine rehin koyarak elbiseyi ba'de'l-ahz mezkûr elbise râhin veya mürtehin yedinde mevcûd iken o rehin yed-i mürtehinde telef olsa zamân lâzım gelmez. Kefâletde dahi hüküm böyle idi. 631. maddeye ve şerhindeki îzâhâta mürâca'at ediniz. *(Hindiyye ve Redd-i muhtâr)*

Ta'rîfdeki hak ta'bîri, ol hakkın vakt-i rehinde mevcût olmasına delâlet eder.

Bu cihetle, deyn-i ma'dûm mukābilinde rehin sahîh olmaz. Zîra rehnin hükmü, yed-i istîfânın sübûtudur. İstifa ise ba'de'l-vücûb ve's-sübût olur. *(Kifâye fî evveli'r-rehn)*

Meselâ bir kimse borcunu te'diye ettikten sonra dâyinine benim sana borcum kalıp kalmadığını bilmem fakat şayet kalmış ise mukābilinde bu malı rehin al deyip de o da alsa deynden bir şey bâkī kaldığı sûretde o bâkīye mukābil olmak üzre rehin sahîh ise de bâkī kalmadığı takdirde rehin sahîh olmayacağından, mezkûr rehin mürtehin yedinde telef olsa zamân lâzım gelmez. *(Hindiyye fi'l-babi's-sâlis mine'r-rehn)*[4]

Yine bu cihetle ileride lâzım olacak deyn mukābilinde rehin dahi bâtıldır. Diğer bir ta'birle âtîde lâzım olacak deyn dahi, sebeb-i vücûbu vakt-i akd-i rehinde mevcûd olmadığı takdirde, vakt-i mezkûrde ma'dûm olmakla bu deyn mukābilinde şimdiden rehin verilmek sahîh olmaz. Müstakbelde deyn, gerek lâzım olsun, gerek olmasın. *(Hızâne ve Hindiyye)*

---

4 لانه لم يأخذ الرهن على شئ مسمى, خانيه. ولو ان المديون قضاه الدين ثم دفع اليه مالا وقال هذا رهن بما كان فيها من زائف او ستوق فهو رهن جائز بما كان ستوقا ولا يكون رهنا بما كان زائفا لان قبض الزيوف استيفاء فلا يتصور الرهن بعد الاستيفا بخلاف الستوق, خانيه بتغيير.

Meselâ râhin mürtehine, senin bende sâbit olacak alacağın mukābilinde bu malı rehn ettim diye rehn etmesi gibi. Nitekim bir kimse diğer kimesneye "Filan şahsa mal sat semeni benim olsun." dedikten sonra o kimesne o şahsa henüz mal satmadan o kimse o kimesneye -kefilin mekfulün-lehe rehin vermesi kabîlinden olarak- bir malı rehin verse sahîh olmaz. *(Hızâne ve Hâniyye)*

Kezâlik, bir kimse diğer kimesneyi filan gün filan şahsa teslim etmek üzre o kimesnenin nefsine, ve teslim edemez ise o şahsın o kimesnedeki alacağına kefil olmakla mekfulün-anh kefile mal-ı mekfulün-bih için rehin verse sahîh olmaz. *(Hindiyye fi'l-fasli's-sâlis mine'r-rehn)* Zîra mekfulün-bih kefil üzerine henüz lâzım değil; belki lüzûmu mekfulün-anhin nefsini teslim edemediği takdirdedir. *(Redd-i muhtâr)*

Bu gibi deyne kefâlet, "kefâlet-i muzâfe" olarak sahîh olduğu 636. maddede mürûr etmekle "Kendisine kefâlet sahîh olan her deyn mukābilinde rehin verilmek dahi sahîh olur." denilemez.

Yine bu cihetledir ki rehin bâtıldır. Zîra derk, rehnin mâliyetinden istîfâsı mümkün olan hak değildir. Çünkü mebî'in semenini iâde etmek bâyi' üzerine henüz lâzım olmamakla kable'l-vücûb istîfâ olamaz. *(Kifâye)* Mebî', muahharan bi'l-istihkāk gerek zabt olunsun gerek olunmasın. *(Dürer)* Meselâ bir kimse bir malı diğer bir kimesneye bey' ve teslim ettikten sonra o kimesne mebî'in bi'l-istihkāk yedinden zabtolunmasından havf etmekle şayet mebî' bi'l-istihkāk zabtolunur ise de semeni mukābilinde bir rehin alsa, bu rehin bâtıl ve rehn-i mezkûr mürtehin yedinde emânet-i mahza olur. Eğer rehn-i mezkûrün kabzı bi'l-istihkāk bey'in feshiyle semeni müşteriye iâdesine hüküm lâhık olmadan vukû' bulmuş ise mürtehin mezkûr rehni habsedemez. Velev ki ba'dehü bi'l-istihkāk mebî' zabtedilsin. *(Dürer)* Zîra akid bâtıl olunca onun vücudu yoktur. *(Zeyla'î)* Ta'bîr-i diğerle ba'de'r-rehn ve't-teslim mebî' bi'l-istihkāk zabtolunarak ol vechile derk tahakkuk etse bile yine rehn-i mezkûr sıhhate münkalib olmaz. Bu cihetle ba'de luhûkı'd-derk dahi mürtehin, o rehni habs ve imsak edemez. Râhine iâde edilmesi lâzım gelir. *(Şiblî)* Rehn-i mezkûr mürtehin yedinde telef olsa mürtehine zamân lâzım gelmez. *(Kifâye fîma yecûzü irtihanühü ve ma la yecûzü)* Çünkü zâhir olan insan kendi malını bey edeceği cihetle derk mukābilinde rehin vermek, deyn-i ma'dûm mukābilinde rehn etmektir. Amma mebî' yed-i müşteriden bi'l-istihkāk zabtolunduktan sonra bâyi' müşteriye başka bir malı rehin verse sahîh olur. Çünkü bu halde deyn olan semen-i mebî' bâyi' üzerine sâbit olmuştur. *(Kifâye)*

Yine bu cihetle hem zâhiren hem de bâtınen lâzım olmadığı gibi yalnız zâhiren dahi lâzım olmayan deyn mukābilinde rehin sahîh olmayıp bâtıldır. Laşeyi, lâşe olmak üzre satıp da, semeni mukābilinde rehin vermek gibi... Bu rehin yed-i mürtehinde telef olsa mürtehine zamân lâzım gelmez.(710. maddeye ve şerhine bakınız.) *(Bezzâziyye)*

Lâkin deyn-i mev'ûd mukābilinde rehin câizdir. Halbuki vakt-i akd-i rehinde, deyn ma'dûm olduğuna nazaran derk mukābilinde rehin gibi câiz olmamak lâzım gelir. Fark şudur ki, zâhir olan insan va'dinde hulf etmez; va'd-i mezkûr gālipen vücuda mufzî ve müeddî olur. İ'tibâr ise gālib ve şayiadır; mağlub ve nadire değildir. (710. madde şerhindeki mebhas-i sâniye bakınız.) *(Kifâye)* Amma derk bi'l-akisdir. Zîra ânifen zikrolunduğu üzre zâhir olan insan kendi malını bey' eder.

Ondan istîfâsı mümkün olan: Bu ibâre hakkın sıfat-ı muhassasasıdır. Yâni bir hak ki o hak mezkûr maldan istîfâ olunabilir demektir. Bu sıfat, mezkûr hakkın malı ile takayyüdünü müstelzim olarak ânifen beyân olunduğu üzre kısas gibi hukūk hâric kalır. Nitekim bu sıfat ile malın takyîdi dahi hâsıl olur. Mâl-ı mezkûr, kendisinden o hakkın istîfâsı mümkün olabilecek mal olmalıdır. Yâni o mal ile mezkûr hak îfâ olunabilmesi mümkün olsun. Kezâlik takyîd-i mezkûr ile dahi fâsid olacak maldan ihtirâz olundu. Kar gibi. *(Redd-i muhtâr)*

Kezâ ondan istîfâsı sıfatıyla tavsif edilmesinden emânet olan hakdan ihtirâz olundu. Emânet olan bir mal mukābilinde rehin almak bâtıldır. Zîra 768. maddede tasrîh edildiği üzre emânet bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunda mazmûn olmadığından emânetin o maldan istîfâsı mümkün olmaz. (710. maddeye bakınız.) Amma emânet-i mezkûre istihlâk olduğunda mazmûn olur ise de bu sûretde emânet-i mezkûre emânet olmaktan çıkar; mağsûb olur. *(Hindiyye fi'l-babi'l-evvel fi'l-fasli's-sâlis)* Ta'bîr-i diğerle emânet-i mezkûre istihlâk olunduğu takdirde dahi, emânet-i müstehlekenin bedeli o maldan alınmaz. Çünkü akd-i rehin sırasında o mal, emânet-i müstehleke mukābilinde rehn edilmiş olmayıp, belki emânet-i mevcûde ve gayr-i mazmûne mukābilinde rehn olunmuş idi. Nitekim bu husus bâlâda tafsîl edilmişdir.

"Alâ vechi't-teberru'" denildi. Zîra dâyin, medyûnu kendisine rehin vermeğe icbâr etmekle cebreh rehin alsa, bu rehin sahîh olmaz. (1006. ve 1007. maddelere bakınız.) *(Redd-i muhtâr)*

Bu cihetle bir kimse semen-i mebî'a mukābil muayyen filan şeyi rehn etmek üzre diğer kimesneye bir malı bey' etse, bey' sahîh olur. Fakat müşteri, mezkûr şeyi o kimseye rehn etmekten imtinâ' etse rehn etmeğe cebrolunamaz. Zîra rehin akd-i teberru'dur. Müteberri' üzerine icbâr yoktur. Belki bâyi' muhayyerdir. Dilerse rehinsiz olarak bey'a râzı olur; ister ise bey'i fesheder. Zîra mukābilinde rehin bulunan semen, mukābilinde rehin bulunmayân semenden evsak olduğu cihetle, rehin, semenin vasf-ı mergūbu bulunduğundan, bâyi' hakkı bulunan semeni bu vasf-ı mergūbun fevâtından dolayı muhayyer olur. Buna hıyar-ı vasf-ı semen denilir. *(Redd-i muhtâr fi'r-rehn)* Meğer ki müşteri semen-i mebî'i peşin versin, yahut mer-

hûnun kıymetini rehn olmak üzre bâyi'a i'tâ eylesin. *(Feth)* Bu sûretlerde bâyi' muhayyer olamaz. Zîra evvelki sûretde bâyi'in maksûdu olan semen hâsıl olduğu gibi ikinci sûretde dahi bâyi'in matlûbu olan tevsîk-i semen hâsıl olmuştur. *(Şerhu'l-Mecma')* Nitekim 187. madde şerhinde îzâh olunmuş idi.

Yine bu cihetle bir mal rehin ve teslim olunduktan sonra o mal, yed-i mürtehinde bi'l-istihkāk zabt olunsa, zabtolunan rehnin kıymet ve bedelini ver diye mürtehin râhine icbâr edemez. Zîra rehnde "alâ vechi't-teberru'" kaydı mûteberdir. *(Bezzâziyye fi's-sâlis, Hindiyye fi'l-babi'l-hâdî aşara ve Ankaravî)*

Yine bu cihetle dâyin, bilâ-izni'l-medyûn, matlûbunun cinsinin gayri olan medyûnunun malını ahz ile yedinde rehn olmak üzre imsak edemez. Hatta bu vechile ahz ettiğinde, medyûn eğer muahharan râzî ve mücîz olur ise rehin sahîh olur ise de râzî ve mücîz olmadığı sûretde rehin gayr-i sahîh ve gasb olur. *(Redd-i muhtâr fi'r-rehin)*

Yine bu cihetle bir kimse diğer kimesnenin malını onun izni olmaksızın kendi borcu mukābilinde rehn edemez. Eder ise sâhibi mücîz olmayınca râhinin huzûriyle mürtehinden dâva ve istirdâd eder. *(Ali Efendi)* (96. maddeye bakınız.)

Meselâ baba, ibn-i kebîrinin malını onun izni olmaksızın kendi borcu için rehn edemez. Eder ise râhinin yahut ba'de vefâtihi vârisinin huzuriyle ber-vech-i meşrûh istirdâd eyler. (1637. maddeye bakınız.)

Yine bu cihetle bir kimse bir kadından bir hâneyi irtihân ve kabz edip de, kadın gāib olduktan sonra diğer kimesne gelerek mezbûrenin borcunu fuzûlen bi'l-edâ mezkûr hâneyi edâ ettiği meblağa mukābil o kimseden irtihân ve bazı cîrânı dahi meblağ-ı mezkûre o kimesne için kefâlet ettiğinde, mezbûre hazır olduğunda hâneyi o kimesneden istirdâd edebilir; o kimesne mezbûreden hiçbir şey taleb edemez. Zîra o kimesne kadının emri olmaksızın onun borcunu teberruan tediye etmiştir. (1506. maddeye bakınız.) O kimesne mürtehin-i evvelden yâni o kimseden dahi nesne taleb eyleyemez. Zîra o kimesne o kimsenin alacak hakkını teberru'an îfâ eylemiştir. Kefâlet eden cîran üzerine de bir şey lâzım gelmez. Zîra kefâlet eden cîrân, mazmûn olmayan şeyi zâmin ve ona kefil olmalariyle kefâlet sahîh olmaz. *(Tenkîh)* (612. madde şerhine bakınız.)

Merhûn yed-i mürtehinde ba'de't-telef ona müstahık zuhûr etdikden sonra, sûret-i tazmîn ve mürâca'at, ber-vech-i âtî tafsîl olunur. Mürtehinin yedinde merhûn ba'de't-telef ona bir müstahık zuhûr etdiğinde müstahık muhayyerdir. Dilerse merhûnun bedelini râhine tazmîn etdirir. Zîra râhin gāsıb olmuş olur. Bu takdirde râhin zâmin olduğu şeyle mürtehine rücû' edemez. 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile râhinden deyn sâkıt olur. Çünkü râhin, merhûnu zâmin olmasıyla, mâ-kable't-teslîme bi'l-istînâd, merhûna mâlik olmakla, kendi mülkünü

rehn etmiş olduğu tebeyyün ettiği cihetle, mürtehin alacağını helâk-ı rehinle istîfâ eylemiş addolunur. *(Bezzâziyye fi's-sâlis ve Hindiyye fi'l-babi'l-hâdî aşara)* Dilerse mürtehine tazmîn etdirir. Zîra mürtehin gāsıbü'l-gāsıb olmuş olur. (910. maddeye bakınız.) Mürtehine tazmîn ettirdiğinde o da zâmin olduğu bedel ile râhine rücû' edebilir. Çünkü râhin, gayrin malını rehin ve teslim etmesi ile mürtehini tağrîr etmiş ve mürtehin kabzında râhin için âmil bulunmuş idi. *(Bezzâziyye)* (658. madde şerhine mürâca'at ediniz.) Bundan başka bu vechile mürtehine tazmîn etdirdiğinde rehin bâtıl olacağından mürtehin matlûbunu dahi râhinden alır. *(Hâniyye)* Zîra mürtehinin kabz-ı rehni müntekız olup binâenaleyh onun hakkı kemâ-kân avdet eyledi.

Kā'idedir ki, mazmûnda mülk, zamân kimin üzerine kararlaşır ise onun için sâbit olur. Müstahıkkın râhine tazmîn ettirmesi mes'elesinde olduğu gibi. Buna mebnî, müstahıkkın mürtehine tazmîn ettirmesi üzerine mürtehin dahi zâmin olduğu şeyle vaktâ ki rehine mürâca'at eyledi; zamân, râhin üzerine kararlaşıp bu sûretde râhin kendi mülkünü rehn ettiği tebeyyün etti.

Sual: Râhin kendi mülkünü rehn edip de mürtehin yedinde telef olunca, kıymeti miktarı sukût-ı deyn lâzım geldiği gibi, bundan dahi deyn sâkıt olmalı idi.

Cevab: İki vecihledir. Vech-i evvel; mürtehinin râhine rücû' etmesine sebeb olan gurûr, merhûnu mürtehine teslim ile hâsıl olur. Binâenaleyh mürtehinin mürâca'atı üzerine râhin merhûnu zâmin olduğunda ayn-ı merhûna, onu mürtehine teslim ettiği vâkitden i'tibâren mâlik olur. Akd-i rehin ise, zemânen vakt-i teslim üzerine sabık yâni ondan mukaddem olmakla râhin kendi mülkünü rehn etmiş gibi değil, belki gayrin mülkünü rehn etmekle mürtehin gayrin malıyla râhindeki alacağını istîfâ etmiş olamaz.

Vech-i sâni: Mürtehin, merhûnu müstahıkka zâmin olmakla evvelâ kendisi ona mâlik olur. Gûya mürtehin merhûnu müstahıktan iştirâ ve ba'dehü râhine bey etmiştir. Bu halde râhinin merhûna mülkiyyeti, akd-i rehnden müteahhir olur. Binâenayh râhin vakt-i rehinde kendi mülkünü rehn etmiş olamaz. Lâkin müstahık ibtidaen râhine tazmîn ettirmesi mes'elesi böyle değildir. Zîra bunda râhin akd-i rehn üzerine sâbık ve ondan mukaddem bulunan kabz ile zâmin olacağından mülk, kabz-ı mezkûre istinad ederek kendi malını rehn etmiş olduğu tebeyyün etti. *(Ebussuude'l-Mısrî)*

Rehnin taksîmat ve ta'rîfatı:

Ale'l-ıtlak rehin üç kısma taksîm olunur:

Kısm-ı evvel: Rehn-i sahîh, zâten ve vasfen meşrû' olan rehindir. Bey' gibi. (108. maddeye bakınız.)

Kısm-ı sâni: Rehn-i fâsid, aslen sahîh olup vasfen sahîh olmayan yâni zâten mün'akid olup da bazı evsaf-ı hâriciyyesi i'tibâriyle gayr-i meşrû' bulunan rehndir. 109. madde ile 710. madde şerhinde zikrolunacak lâhıkaya mürâca'at ediniz. *Mecelle*'de, rehn-i fâside dâir bahis yoktur.

Kısm-ı sâlis: Rehn-i bâtıl, aslen sahîh olmayan rehndir. (110. madde ile 710. madde şerhinde mezkûr lâhıkaya bakınız.) *(Şürünbülalî).*

Rehin, ati'z-zikir iki sûretle bâtıl olur. Sûret-i ûlâ; her mevzı' ki rehin mal olmaya; rehn-i mezkûr bâtıl olur. Sûret-i sâniye; her mevzı' ki merhûnun mukābili mazmûn olmaya rehin bâtıl olur. *(Şiblî).* (709. ve 710. maddelere bakınız.)

702. MADDE

[**İrtihân, rehin**] -mal-ı merhûn- [**almaktır**] ki mürtehin ile kāim bir emirdir. Bu irtihân lafzı bu kitâbın yalnız 708. maddesinde isti'mal edilmekle burada ta'rîfe hâcet messetmiştir.

703. MADDE

[**Râhin, rehin**] -merhûn- [**veren kimsedir**] ki medyûndur. *(Redd-i muhtâr)* 701. madde şerhinden anlaşılır ki bundaki medyûn, hakikaten medyun ile hükmen medyûndan eamdır. Mezkûr madde şerhinde beyân olunduğu üzre rehin ba'zan merhûn mânâsına dahi gelir. Burada dahi rehin, merhûn mânâsında müsta'meldir. Karine ise "veren" ibâresidir. Zîra vermek, merhûn olan a'yâna ta'alluk eder. Habs ve tevkīf bulunan meânîye, vermek fi'li ta'alluk etmez.

704. MADDE

[**Mürtehin, rehin alan kimsedir**] ki dâyindir. *(Redd-i muhtâr)* Bundaki rehin lafzı dahi madde-i ânifede olduğu gibi merhûn mânâsına olup karine dahi alan ibâresidir. Zîra almak a'yândan olan merhûna ta'alluk eder. Yoksa meânîden olan habs ve tevkîfe değil.

705. MADDE

[**Adl**] iki kimsedir. Birincisi: [**Râhin ve mürtehinin emniyyet edip de rehni tevdî' ve teslim ettikleri kimsedir.**] İkincisi: Hakimin rehni teslim eylediği âkıl kimsedir.

Bu adlin bey'-i rehne vekil edilmiş olması şart değildir. Vekil edilse de edilmese de adl olması câizdir.

Buradaki adl 1705. maddedeki adl mânâsına olmadığı işbu ta'rîften müstefâd olur. Yâni buna adl denilmesi râhin ve mürtehinin zu'munca adl olduğundan nâşîdir. Yoksa nefsü'l-emrde hasenâtı seyyiâtına gālib bir kimse olduğundan dolayı değildir. Şu halde bir kimse gerek nefsü'l-emrde mezkûr 1705. madde mânâsınca adl olsun gerek olmasın kendisi rehinde adl olabilir. *(Redd-i muhtâr ve Dürer)*

İşbu şerhden anlaşılır ki hâkimin rehni tevdî' eylediği kimseye dahi adl ıtlak olunur. *(Redd-i muhtâr)* Bu sûretde *Mecelle*'nin şu ta'rîfi efrâdını câmi' değildir.

Adlin şartı: Bu ta'rîfde şerhan âkıl kaydı gösterildi. Zîra tarafeyn rehni gayr-i câizi't-tasarruf meselâ gayr-i mümeyyiz olan sağîr yahut bâliğ-ı gayr-i âkıl yedine vaz' ve bu adl-i gayr-i âkılın kabzıyla iktîfâ etseler, bunların kabzı mu'teber ve binâenaleyh rehin bi'l-icmâ' sahîh olmaz. *(Abdülhalîm)* Demek ki, ta'rîf-i mezkûrde âkıl kaydı lâzımdır. Fakat bu kayd, 708. maddeden müstefâd olacağına mebnî *Mecelle* burada tasrîh etmesine lüzûm görmemiştir.

Sağir, mümeyyiz olunca adl olabilir. Fakat sağir-i merkūm bey'-i rehne dahi tevkîl eylediği sûretde me'zun ise, hukuk-ı akd kendisine raci', değil ise, uhde-i bey' kendisine gayr-i raci' olur. (1458. maddeye bakınız.) Hatta sabî-i merkūm me'zun olmadığı halde, rehni bi hasebi'l-vekâle bey' ve müşteriye teslim ettikten sonra, mebî', müşteriden bi'l-istihkāk zabtedilse, müşteri semen-i mebî-i sağîr-i merkūmdan taleb edemez; dilerse mürtehinden ister. Zîra semeni mürtehin almakla akd-i mezkûrden intifâ' eden mürtehindir. Dilerse râhinden taleb eder. Zîra bâyi' bulunan sabî-i mümeyyiz râhin tarafından bey'a memurdur. Onun bey'i ve kabz-ı semeni râhin içindir. *(Hindiyye kubeyle'l-babi's-sâlis mine'r-rehin)*

Fakat bir kimsenin, kendi nefsi için adl olması sahîh değildir. Binâenaleyh eşhâs-ı âtiye rehinde adl olamaz.

Evvelen: Mekfulün-anh, rehn-i kefile,

Sâniyen: Kefil, rehn-i mekfûlün-anhe,

Sâlisen: Rabbu'l-mal, rehn-i mudâribe,

Râbi'an: Mudârib, rehn-i rabbu'l-mâla,

Hâmisen: Şirket-i müfâvaza veya anân ile şerîk olan iki kimseden birisi deyn-i ticâret için rehin verse, diğer şerîki bu rehne,

Sâdisen: Mürtehin, rehni henüz râhinden kabz etmeden, râhin, adl olamaz.[5]

5 Yâni rehni bunlar kabzetmesiyle rehin tamam olmaz. Amma rehin îcâb ve kabûl ile akdedildikten sonra mürtehin tarafından kabzedilerek rehni itmam olunup da ba'dehü rehn-i mezkûr bunlara tevdî' edilse rehn-i mezkûrün sıhhatini ihlal etmez.

Amma sûret-i hâmisede ehad-i şürekâ, deyn-i ticâretin gayri için adl olabilir. Zîra ticâretin gayrinde müştereklerden her biri, diğerine ecnebi olduğundan, birinin yedi diğerinin yedi gibi olmuş olmaz.

Ve sûret-i sâdisede esnâ-yı akd-i rehnde merhûnun yed-i râhinde olması şart edilirse akd-i rehn fâsid olur. ***(Hindiyye kubeyle'l-bâbi's-sâlis ve fi'l-bâbi'l-hâdî aşara)***

Amma sûret-i sâdisede mürtehin rehni kabzettikden sonra râhine îdâ' ve teslim etse câiz olur. (749. maddeye bakınız.)

Nitekim baba, sağîr için bir malı iştirâ edip de semeni mukābilinde bir malı kendi yedine vaz' edilmek şartı ile rehn etse, şirâ sahîh ve rehin bâtıl olur. ***(mine'l-mahalli'l-mezbûr).*** 706. maddenin fıkra-i ahîresine mürâca'at ediniz.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'R-REHN

BÂB-I EVVEL

Akd-i rehne dâir mesâil beyânında olup üç fasla münkasemdir.

Bu bâbdaki mesâilin hulâsası burada ber-vech-i âtî derc olunur.

Hulâsa-i Bâb-ı Evvel

REHİN

Ta'rîfi:

Bir malı ondan istîfâsı mümkün olan bir hak mukābilinde, alâ vechi't-teberru', mahbûs ve mevkūf kılmaktır.

Ta'rîfteki "hak"tan maksat

1-Hakk-ı mâlîdir. Binâenaleyh kısas ve yemin gibi huhkūk hâricdir.

2-Hakk-ı deyndir. Deyn iki kısımdır.

Sûret-i Taksîm-i Deyn:

Kısım: Deyn-i hakīkī:

1- Medyûn üzerine te'diyesi vâcib olan,

2- Zâhiren lâzım olup da bâtınen lâzım olmayan,

3- Henüz lâzım olmayıp fakat sebeb-i lüzûmu vakt-i akd-i rehinde mevcûd bulunan deyndir.

Kısım: Deyn-i hükmî:

Vâzıu'l-yed nezdinde telef olduğunda, misliyyâttan ise mislinin, kıyemiyyâttan ise kıymetinin zamânı, vâzıu'l-yed üzerine lâzım gelen ayndır.

3-Deyn-i ma'dûmdur: Bu sebepden naşidir ki, rehin bâtıldır. (İstisnâ: Deyn-i mev'ûd)

Taksîmi:

1- Rehn-i sahîh: Zâten ve vasfen meşrû' olan rehindir.

2- Rehn-i fâsid: Aslen sahîh olup vasfen sahîh olmayan rehindir.

3- Rehn-i bâtıl: Aslen sahîh olmayan rehindir ki iki sûretle olur.

1. Rehin mal olmazsa,

2. Merhûnun mukābili mazmûn olmazsa.

AKD-İ REHN

1

Rükn-i Rehn

Râhin ve mürtehinin îcâb ve kabûlü ile rehin mün'akid ve kabz ile tamam olur.

Îcâb lâzımdır; çünkü, rehin bir akittir.

Kabûl lâzımdır; çünkü, rehnin telefi takdirinde mukābilinde deyn sâkıt olacağından, mürtehinin kabûlü olmaksızın in'ıkād-ı rehne kāil olmak mürtehinin zararını îcâb eder.

Tamamiyyetinde kabz lâzımdır; zîra:

Evvelen: Rehn akd teberru'dur.

Sâniyen: Rehin hükmen istîfâ-yı deyndir. Hakīkaten istîfâ, bi dûni'l-kabz sahîh olamayacağı gibi, hükmen istîfâ dahi bi dûni'l-kabz sahîh olamaz.

Sâlisen: Rehinden maksad râhinin îfâ-yı deyne müsâra'ata icbârıdır. Bu da kabzla mümkündür.

Kabz: Ya hakīkaten olur. Mürtehinin merhûna bi'l-fi'l vaz'-ı yed etmesi.

Ya hükmen olur. *(Tahliye)*

Sıhhat-i kabz için:

Evvelen: Kābızın kabza ehliyyeti,

Sâniyen: Kabza râhinin izni. Bu izin;

Ya sarâhaten olur. (Bunda meclis-i rehnin teferrukundan sonra kabzetse istihsânen câizdir.)

Ya delâleten olur. (Meclis-i akd-i rehn ile takayyüd eder. Ba'de't-teferruk kabz sahîh olmaz.)

2

Şerâit-i Rehn

1- Râhinin ve 2- mürtehinin:

1- Âkıl olması şarttır. Çünkü bi'l-cümle tasarrufâtta akıl lâzımdır.

2- Bâliğ olması şart değildir. Binâenaleyh sabî-i mümeyyizin rehin ve irtihânı câizdir. Mümeyyiz, me'zun ise nâfiz, değil ise icâzete mevkūf olur.

3- Merhûnun:

1- Mal-ı mütekavvim ve mâlûm olması şarttır. Zîra rehnden maksad istîfâ-yı deyndir. Bu ise şu iki şartın vücûduyle mümkündür.

2- Merhûn râhinin mülkü olması şart değildir; rehn-i müste'âr câizdir.

4- Rehnin:

1- Şart-ı muallak ve bir vakte muzâf olmaması şarttır.

2- Rehnin mukābili, mal-ı mezmûn bi nefsihi olmak şarttır. Mal-ı mazmûn değilse:

Ya bâtıldır; ki, telefi takdirinde deyn sâkıt olmaz. Çünkü emânettir.

Ya fasittir; ki, rehin deyn üzerine sâbık olursa, rehin sahîh hükmünü iktisâb eyler. Lâhık olursa rehn-i sahîh hükmünde olmaz. Binâenaleyh, mürtehin istîfâ-yı deyn için bu merhûnu habsedemez.

3

Mebâhis-i Müteferria

1- Merhûnun zevâid-i muttasılesi; bey'de min gayr-i zikrin dahil olanlar rehinde dahildir. Olmayanlardan, bâzısı dahildir -merhûn arsa üzerindeki mağrûs eşcâr ve mezrû'ât gibi-[1] bazısı dahil değildir. Merhûndan munfasıl olanlar böyledir.

2- Tebdil-i rehin; üç şart vardır:

1- Rıza-yı tarafeyn,

2- Rehn-i evvelin râhine reddi,

3- Mürtehinin rehn-i sâniyi kabzı.

3- Ziyâde-i merhûn; (Ziyâde iki kısımdır.)

1- Ziyâde-i zımniyye:

Mütevellîde-i muttasıle; asl-ı rehin hükmündedir.

Mütevellîde-i munfasıle; asl-ı merhûn ile beraber merhûn olur. *(715.Madde)*

---

1 Bunlar dahil addolunmasa arzın mülk-i râhinle meşguliyyeti lâzım gelir ve rehnin fesadını îcâb ederdi. Halbuki akdin fesadından ise sıhhate hamli evlâdır.

Gayr-i mütevellîde, (muttasıle ve munfasıle). Asl-ı rehin ile merhûn olmazlar.

2- Ziyâde-i kasdiyye: Ba'de'l-akd râhinin, kefilin veya ecnebinin merhûnu tezyîdi câizdir. Asl-ı rehin ile ziyâde-i rehin beynindeki fark; ziyâde-i deyn sâkıt mukābilinde değil, deyn-i mütebâkī mukābilinde merhûndur. Lâkin asl-ı rehin, deyn-i sâkıt mukābilinde dahi merhûndur.

İşbu iki ziyâde beynindeki fark:

Ziyâde-i kasdiyyede telefi halinde ona isâbet eden deyn sâkıt olur. Halbuki ziyâde-i zımniyyede olmaz.

4- Ziyâde-i deyn: Ayn-i merhûn mukābilinde câiz ve mal iki deyn mukābilinde merhûn olur.

FASL-I EVVEL

Rükn-i rehne dâir olan mesâil beyânındadır:

Rükn-i rehin, îcâb ve kabûlden ibârettir. *(Abdülhalîm)* Bey'in rüknü gibi. (149. maddeye bakınız.)

Îcâb ve kabûl üç sûretle olur.

Evvelen; lafzan,

Sâniyen; bi'l-mükâtebe,

Sâlisen; bi't-teâtî olur.

Nitekim madde-i âtiyede tafsîl olunur. (69. maddeye bakınız.) *(Redd-i muhtâr)*

Rehnin erkânı beştir. 1- Râhin. 2-Mürtehin. 3- Merhûn. 4- Merhûnün-bih. 5- Sîğadır. *(Bâcûri)* Bunlardan 1. ve 2. ve 3. mukaddemede beyân edildi. Ve 4. "710." maddede ve 5. âti'z-zikir iki maddede beyân olunuyor.

706. MADDE

[**Râhin ve mürtehinin**] lafzan olan [**îcâb ve kabûlü**] ve kezâ teâtî ve mükâtebe [**ile**] yâni hem îcâb ve hem de kabûlün vücûduyla [**rehin mün'akid olur**] ki madde-i âtiyede şerhan lafz-ı kitâbet ve teâtî ile in'ıkād-ı rehin tafsîl olunur.

Îcâb ve kabûl iki türlüdür. Birincisi, râhin ve mürtehinin bizzat kendileri kendi nefslerîçün akd-i rehn eylemeleriyle olur. İkincisi, nâibden olur. *(Redd-i muhtâr)* Bu da yâni nâib; vekil, veli ve vasîden ibârettir. Veli ile vasînin bi'l-velâye ve bi'l-vesâye akd-i rehn etmeleri

mes'elesi 708. madde şerhi lâhıkasında tafsîl olunacağından, burada vekîlin akd-i rehnini îzâh edelim: 1460. maddede zikrolunduğu üzre vekîlin akd-i rehni müvekkiline muzâf kılması lâzımdır.

Binâenaleyh bir kimse diğer kimesneye bir mal verip de o malı yüz kuruş mukābilinde rehn etmeğe tevkîl edince nazar olunur. O kimesne yüz kuruş ödünç verip de "Bunu rehn olarak almaklığın için filan kimse bu malı sana gönderdi." diye akd eyler ise, karz o kimsenin olur. 1461. maddede zikrolunduğu üzre o kimesne arada resûldür. Hatta o kimesne rehni istirdâd edemeyeceği gibi meblağ-ı mezkûr o kimesneden dahi mutâlebe olunamaz. Amma o kimesne "Bana yüz kuruş ödünç ver de bu malı benden rehin al." diye akd-i rehn eylese, meblağ-ı mezkûr o kimesnenin mülkü olur. Binâenaleyh o kimesne meblağ-ı müstakraz-ı mezkûrü, âmiri bulunan o kimseye vermeyebilir. Meblağ-ı mezkûr o kimesne yedinde telef olsa o kimesnenin malından telef olur. *(Ankaravî kubeyle'l-vesâyâ)* O kimse malını mürtehinden istirdâd edebilir. Ve yedinde telef olduğunda râhin ve mürtehinden dilediğine tazmîn ettirebilir.

İn'ıkād-ı rehinde hem îcâb hem de kabûlün lüzûmunun sebebi: Bey' ve icâre gibi ukūd-ı sâirenin in'ıkādları îcâb ve kabûl ile olduğu gibi, in'ıkād-ı rehinde dahi hem îcâb ve hem de kabûl lâzımdır. (167 ve 433. maddelere bakınız.) Zîra rehin bir akitdir. Binâenaleyh şatrının vücûdu lâzımdır. Yalnız râhinin îcâbiyle rehin mü'akid olmaz. *(Abdülhalîm)*

Sual : Kefâlet gibi yalnız râhinin îcâbiyle rehin niçin mün'akid olmuyor?

Cevab : Rehin, mürtehin yedinde telef olunca 741. madde şerhindeki lâhikada beyân olunacağı üzre mukābili olan deynin sukūtunu îcâb edeceğinden mürtehinin kabûlü olmaksızın in'ıkād-ı rehne kāil olmak mürtehinin zararını ve meselâ telef-i rehn halinde sukūt-ı deyni mûcib olur. Zarar ise 19. madde hükmünce memnu'dur. *(Aynî)* Bu cihetle rehin, kefâlet gibi her vechile akd-i teberru' değil; belki rehinde min vechin muâvaza mânâsı bulunmakla yalnız îcâb-ı râhin ile mün'akid olmaz. Kabûl-i mürtehin dahi lâzımdır. *(Abdülhalîm, Aynî ve Fethu'l-kadir)*

Hulâsa, rehin kefâlet gibi mürtehin hakkında menfa'at-i mahza değildir. Binâenaleyh kabûl-i mürtehin lâzım olarak 621. maddeye makīs olmaz.

Tafsîlât-ı ânifeden anlaşıldı ki, kabûl dahi îcâb gibi rehnin bir rüknüdür. Binâenaleyh bir kimse rehin vermeyeceğine yemin ettikten sonra, rehni îcâb edip de mürtehin îcâbı kabûl etmese hânis, yâni yemini bozulmuş olmaz. *(Şiblî)*

Şu kadar var ki mücerredd in'ıkād-ı rehin ile -bey' ve icâre gibi- rehin lâzım olmaz; belki lüzûm-ı rehinde hîbede olduğu vechile mürtehinin rehni kabz etmesi muktezîdir, bu sebepden fıkra-ı âtiye bu maddeye ilave edilmiştir.

[**Fakat**] mürtehin veya nâibi tarafından şerâit-i âtiye-i selase ile muttasıf [**kabz**]-ı rehn [**bulunmadıkça**], yalnız îcâb ve kabûl ile rehin [**tamam ve**] râhin hakkında [**lâzım**] ve mürtehinin zamânına dâhil [**olamaz.**] Rehindeki kabzın şerâit-i âtiyeyi câmi' olması lâzımdır. Merhûn;

Evvelen; muhavvez yâni maksûm ve gayr-i müşâ' olmak,

Sâniyen; Hakk-ı râhinle meşgul olmamak,

Sâlisen; mümeyyiz yâni gayr-i muttasıl bulunmak,

Râbi'an; kābız ile mukbızın müttehid olmamalarıdır.

Bu şurût-ı erbadan üç evvelkiler âtîde îzâh edilecektir. Dördüncüsünün îzâhı şudur: Râhin ve mürtehinden her biri kabz ve teslim-i rehin hususunda başka birini inâbe edebilir. Fakat kābız ile müsellimin ittihad etmeleri sahîh değildir. Binâenaleyh mürtehin râhine, veya nâibine "Kabz-ı rehne tarafımdan vekîl ol." dese de o da kabzetse, bununla rehin kabzedilmiş olmaz. *(Bâcûri)*

Lüzûm-ı kabz üç vechile isbât olunmuştur.

Vech-i evvel: Râhin, rehin mukābilinde mürtehinden bir şey istîfâde etmediği cihetle[2] rehin akd-i teberru' olup, teberru' ise 57. madde hükmünce ancak kabz ile temam olur.

Vech-i sâni: rehin hükmen istîfâ-yı deyndir. Hakīkaten istîfâ gibi hükmen istîfâ dahi bi-dûni'l-kabz sahîh olmaz. Hakīkaten istîfâ bi-dûni'l-kabz sahîh olmayacağından 97. madde şerhinde zikrolunduğu üzre dâyin medyûnuna "Zimmetindeki on altın alacağımı suya at." dese de medyûn dahi onu suya atsa borcundan berî olmaz.

Vech-i sâlis: Rehinden maksûd râhinin îfâ-yı deyne müsâra'ata icbârıdır. Bu da yed-i mürtehinin rehin üzerine devamıyla husûl bulur. Bu devam dahi kabz-ı rehin ile meydana gelir. *(Kîfâye)* Hatta akd-i rehinde merhûnun yed-i râhinde kalması şart edilirse rehin sahîh olmaz. Velev ki mürtehin merhûnu kabzetsin. Amma şart-ı mezkûr, tamam-ı rehnden sonra dermeyân edildiği takdirde, mürtehin rehni ba'de'l-ahz kabzetmez ise gayr-i sahîh, ve kabzederse sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara fi'l-müteferrikat)* (705. madde şerhine bakınız.)

Hulâsa, merhûn kabzolunmadıkça, onun üzerine bâb-ı râbi'in fasl-ı evvelinde beyân olunacak ahkâm-ı rehin terettüb eylemez.

Bu cihetle, ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl ve kable'l-kabz-ı rehn, yed-i râhinde telef olsa deynden hiçbir şey sâkıt olmaz.

Yine bu cihetle, ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl ve kable'l-kabz-ı râhin, teslîm-i rehnden imtinâ' edebilir. Kendisi teslîm-i rehn üzerine cebrolunamaz. Zîra teberru'a cebr yoktur.

---

2 Vâkı'â ödünç almış ise de, onu yine edaya mecburdur.

Bu hususta mezheb-i Mâlikî: İmam Mâlik Rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre mücerredd akd-i rehn ile, râhin üzerine teslîm-i rehn etmek lâzım gelir. Binâenaleyh teslîmden imtinâ eylese, teslîm-i rehn üzerine cebr olunur. Zîra râhin, kabz-ı vesîka olmakla kefâlete müşâbihtir. *(Şerhu'l-Mecma' li-İbni Melek)*

Bu fıkra şerhinde "râhin hakkında" denildi. Zîra 716. madde şerhinde beyân olunacağı üzre merhûn kabzolunsa bile akd-i rehin mürtehin hakkında lâzım olmaz. Nitekim 114. madde şerhinde, ukūdun üçe taksîminden dahi mâlûm olur. *(Hindiyye)*

Beyân-ı ihtilâf: Rehinde iki şey vardır. Birincisi; rehnin in'ıkādı. İkincisi rehnin lüzûmu; ta'bîr-i diğerle rehnin tamâmiyyetidir.

Birincisi; îcâb ve kabûl,

İkincisi; îcâb ve kabûlden sonra kabz ile hâsıl olur.

Bazı fukahâya göre rehnin in'ıkādı îcâb, kabûl ve kabz -bu üç şeyin mecmû'u- ile hâsıl olur. Kabz bulunmadıkça rehin mün'akid olmaz. *(Ankaravî)* Diğer bazı ulemâya göre dahi rehnin in'ıkādı mücerredd îcâb ve kabûl ile olur. Kabzın in'ıkād-ı rehinde dahli yoktur. Ekser kütüb-i fıkhiyyede kavl-i evvel tercih olunmuş ise de, ***Mecelle***'de "mün'akid olur" ibâresiyle kavl-i sâni ihtiyâr edilmiştir.

İmdi, kavl-i evvele göre kable'l-kabz rehin sahîh ve münakid olmaz. Amma kavl-i sâniye göre sahîh ve mün'akid ise de tam -lâzım- değildir.

Fakat iki kavle göre dahi rehin kabzolunmadan, üzerine ahkâm-ı rehn terettüb eylemeyeceğine nazaran bu ihtilâfın muâmelâtta semeresi bulunabilir mi? Denilebilir mi ki kavl-i evvele göre îcâb ve kabûl meclis-i vahidde vâki' olduktan sonra râhinin izn-i sarîhine mebnî mürtehin, merhûnu diğer mecliste kabzetse yine rehin münakid olmaz. Zîra teferruk-ı meclis ile îcâb bâtıl olur. Bey'de olduğu gibi. (183. maddeye bakınız.) Amma kavl-i sâniye göre, ba'de't-teferruk bile izn-i sarîh ile kabz câiz olduğu, madde-i meşrûhun-bihanın evâhirinde tafsîl olunur.

Rehinde dâva-yı sahîha ve gayr-i sahîha: Rehnin tamâmiyyeti ber-vech-i bâlâ kabz ile olduğu cihetle, mürtehin rehni ma'a'l-kabz iddia ettiğinde, yâni irtihân ve kabz ettim diye dâva eylediğinde dâvası istima' olunur. Amma râhin üzerine ikāme-i dâva edip de kabzı zikretse dâvası sahîh olmayacağı karîben zikrolunacaktır.

[**Binâenaleyh râhin**] ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl ve [**kable't-teslîm rehinden rücû'**] ile mal-ı merhûnu mürtehine teslîmden imtinâ' [**edebilir.**] Zîra bâlâda zikrolunduğu üzre rehin teberru'dur. Müteberri' teslîm etmedikçe onun üzerine lüzûm yoktur. Hîbe ve tasadduk gibi. *(Zeylaî)* Bu takdirde ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl ve kable'l-kabz ve't-teslîm, râhin muhayyer olur. Dilerse rehinden rücû' eyler ki, bu rücû'un sıhhati için mürtehinin rızâsı şart

değildir. Dilerse rehni mürtehine teslîm ile akd-i rehni itmâm eyler. Hîbede olduğu gibi. (737. ve 849. maddelere bakınız.) Bu "binâenaleyh........." fıkrası, fakat kabz bulunmadıkça fıkrasına tefrî'dir.

Yine bu cihetle 187. madde şerhinde beyân olunduğu üzre, filan şeyi semeni mukābilinde terhîn etmek şartıyla bir mal sattığında, müşteri o şeyi bâyi'a terhîn etmeğe icbâr olunamaz. Nitekim 701. madde şerhinde îzâh edilmiş idi. *(Dürer)*

Yine bu cihetle mürtehin rehni dâva edip de, bu dâvasında merhûnu kabzeylediğini söylemese, dâvası istimâ' olunmaz. Zîra râhin akd-i rehni ikrar etse bile üzerine bir hüküm terettüb eylemez. (1634. maddeye bakınız.) Bu sûretde mürtehin rehni dâva ve râhin inkâr etmesiyle mürtehin bunun üzerine şahitleri ikāme etse, kabûl olunmaz. Velev ki şahitler kabza, veya ikrâr bi'l-kabza şahadet etsinler. Zîra bilâ-kabz rehin dâvası mesmû' değildir. *(Tenkîh)* Bu halde şahadet-i mezkûre dâvâ-yı gayr-i sahîha üzerine olmuş olur. İmdi bir evin rehniyyetine şahadet edenler "O Amr'a rehindir." diye şahadet etseler, kîfâyet etmez. Teslîm ve kabz olunduğunu dahi demek lâzımdır. *(Ebussuud)*

Yine bu cihetle bir mülkün senet ve hüccetini mürtehine teslîm etmek, o mülkü teslîm makāmına kāim olmayacağından, bir kimse hânesini âhara rehn edip de yalnız o hânenin senet ve hüccetini mürtehine teslîm etse rehin tamam olmaz. *(Ali Efendi)*

LÂHİKA

[Vefâen mebî'in teslîmi şart olması hakkındadır.]

Bey-i vefâ, rehin hükmünde olmakla onda dahi tamâmiyyet için kabz-ı mebî' lâzımdır. Bi-dûni'l-kabz bey vefâen tamam olmaz. Nitekim 118. made şerhinde zikrolunmuş idi.

Bu cihetle vefâen bey' olunan mal, müşteriye teslîm olunmayıp da, ba'dehü müşteri onun kendisine teslîmini taleb ve dâva etse, mesmû' ve bâyi' teslîme mecbur olmaz.

Yine bu cihetle vefâen bâyi' kable't-teslîm vefât etse, müşteri sâir guramâdan ehakk olmaz.

Yoksa "Bey-i vefâ bazı ahkâmda bey-i sahîh hükmünde olmakla, bunda dahi bey-i sahîhde olduğu vechile teslîm-i mebî' şart olmaz; müşteri mebî'a sâir guramâdan ehakk olur." denilmez.

Mezkûr "fakat kabz .....ilâ âhirihi" fıkrasının mefhûm-ı muhâlifinden anlaşılır ki mürtehin, bi-izni'r-râhin merhûnu kabz ettiğinde, rehin tamam ve lâzım, ve zamân-ı mürtehine dâhil olur. Binâenaleyh artık râhin, rehinden rücû' edemez. *(Mecme'u'l-enhur ve İnâye)* (717. maddeye bakınız.)

Râhin ile mürtehin kabzda ihtilâf ettiklerinde, yâni râhin, "Merhûnu benden gasb ettin.", yahut "O malı rehin tarîkiyle değil, vedî'a veya âriyet gibi cihet-i uhrâdan dolayı verdim." diye iddia etse, söz ma'a'l-yemin râhinindir. Bu ihtilâf esnasında merhûn gerek yed-i râhinde, gerek yed-i mürtehinde olsun. *(Bâcûri)*

Kabzın envâ'ı ve şerâiti: Kabz-ı merhûn, meclis-i akidde olacağı gibi meclis-i akidden sonra ve râhinin izn-i sarîhiyle dahi olur. Kezâlik bizzat mürtehin yahut veli, vasî, adl gibi nâibi dahi kabz edebilir.

Ancak, kabz sahîh olmak için, şerâit-i âtiyenin vücûdu lâzımdır: Birincisi: Kābızın kabza ehliyyeti şarttır. Binâenaleyh 705. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, adl-i gayr-i âkılın kabzı sahîh değildir ve bununla rehin tamam olmaz.

İkincisi: Kabza râhinin izni bulunması şarttır. Binâenaleyh mürtehin, bilâ-izni'r-râhin merhûnu kabz eylese hükmü yoktur. Hîbede dahi hükmün böyle olduğu 842., 843. ve 844. maddelerde mezkûrdür. *(Hindiyye)*

İznin envâ'ı: Mezkûr izin iki nev'dir:

Nev-i evvel: Râhinin rehni kabz etmesi için mürtehine sarâhaten izin vermesidir. Râhin mürtehine, "Kabz-ı rehne izin verdim." veya "Rehni kabzet." veya "Kabzettiğine râzî oldum." demesi gibi.

Nev-i sâni: Delâleten izindir. Mürtehin rehni kabzederken râhin onu görüp de sükût etmesi, yâni kabzdan nehyetmemesi gibi. (67. maddeye bakınız.)

İki nev'i izin beyninde hükmen fark: Şu iki nev'i izin beyninde hükmen fark vardır. Sarâhaten izin üzerine, mürtehin merhûnu meclis-i akd-i rehinde kabzetse, kabz sahîh olduğu gibi meclis-i akd-i rehin teferruk ettikten sonra kabzetse yine istihsânen kabz sahîh olur. Amma delâleten izin, meclis-i akd ile takayyüd eder. *(Hindiyye)* Nitekim hîbede dahi hüküm böyle olduğu 844. maddede musarrahtır.

Üçüncüsü: Merhûn müferrağ olmalıdır. Yâni râhin, ya metâıyla meşgul olmamalıdır. Bu cihetle râhin veya metâıyla meşgul olarak merhûn hane teslîm edilse sahîh olmaz. Ta'bîr-i diğerle râhin veya metâının derununda bulunduğu zemânda merhûn hane teslîm edilse sahîh olmaz. Meselâ râhin onda sâkin bulunan hâneyi rehn edip de, kendisi sâkin iken mürtehine teslîm ederek, o da ol vechile meşgulen kabzetse, rehin tamam olmaz. Bu teslîm bâtıl olmakla râhin çıkıp ve eşyası var ise onu da çıkarıp, ol vechile mezkûr hâneyi tahliye ettikten sonra yeniden teslîm edilmesi lâzımdır. *(Zeyla'î ve Ankaravî)*

Amma hâneyi içindeki bütün eşyasıyla beraber rehnedip de râhin hânenin dışına çıktıktan sonra hâneyi eşyasıyla beraber teslîm etse rehin tamam olur.

Dördüncüsü: Merhûn, muhavvez yâni maksum olmalıdır. Binâenaleyh rehn-i müşâ' câiz değildir. Müşâ', gerek kābil-i kısmet olsun, gerek olmasın. Zîra rehnin hükmü, devam-ı habsden ibâret iken müşâ'da muhâye'e lâzım geleceğinden, onda devam-ı habs mutasavver olmamakla rehn-i müşâ' câiz değildir. Şu kadar

ki şuyû-ı târî, inde Ebi Yusuf, akd-i rehnini ifsâd etmez. Zîra bekā ibtidâdan esheldir. Amma inde't-tarafeyn ifsâd eder. Nitekim 710. madde şerhinde tafsîl olunur. *(Şerhu'l-Mecma')*

Beşincisi: Merhûn mütemeyyiz olmalıdır. Yâni merhûn olan mal, gayr-i merhûna ittisal-i halkî ile muttasıl olmalıdır. Binâenaleyh ağaç üzerindeki yemişi ağaçsız rehnederek, bu vechile teslîm etmek sahîh değildir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Bu mesâil 710. madde şerhinde tafsîl olunur.

Merhûn, kable akdi'r-rehn yed-i mürtehinde bulunsa, ba'de'r-rehn tekrar kabz lâzım mıdır?

Merhûn, kable akdi'r-rehn mürtehinin yed-i kabzında bulunduğunda bakılır: Kable akdi'r-rehn vukû' bulan kabz ile akd-i rehnde vukû' bulması lâzım gelen kabz, ikisi bir cinsden, yahut kabz-ı sâbık kabz-ı lâhıkdan daha akvâ ise, kabz-ı sâbık, kabz-ı lâhık makāmına kāim olur. Ve illa olmaz; kabz-ı cedid lâzımdır. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-evvel)*

Meselâ bir kimse diğer kimesneden bir malı kabzettikden sonra, mağsûbun-minh onu gāsıba rehn etse, tecdid-i kabza hâcet olmaksızın rehin sahîh ve tamam olur. Zîra mağsûbun kabzı, kabz-ı mazmûn bi-nefsihi olmakla, mazmûn bi-gayrihi olan ve binâenaleyh ednâ bulunan kabz, rehin makamına kāim olur.

Amma meselâ âcir, müste'cire olan borcuna mukābil me'curu müste'cire rehin ve müceddeden teslîm etse, sahîh ve icâre münfesih olur. Nitekim 744. madde şerhinde îzâh olunur. Lâkin bilâ-teslîm ve kabz-ı cedîd rehin sahîh yani tamam olmaz. Zîra me'curun kabzı 600. madde hükmünce kabz-ı emânet iken, merhûnun kabzı, 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı üzre, kabz-ı mazmûn bi-gayrihidir. Binâenaleyh 262. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre kabz-ı emânet, kabz-ı mazmûn makāmına kāim olmaz. *(Hindiyye)* Nitekim müstevda' yedindeki vedî'ayı, mal sâhibi müstevdi'a rehn ettiğinde, yeniden kabz etmedikçe, o mal yed-i müstevda'de vedî'a olarak kalır. Rehin hükmünü iktisab eylemez. Zîra müstevda'in yedi, mûdi'in yedi gibidir. Mürtehin onu kabzetmedikçe, yed-i rehnin hükmü mürtehin için merhûnda sâbit olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara)* Binâenaleyh bi-hükmi'r-rehn kabz vukû' bulmadan, o mal yed-i müstevda'de telef olsa, deyn sâkıt olmaz. Bunda söz bilâ-beyyine müstevdi'indir. (1774. maddeye bakınız.) Çünkü mürtehin, bi-hükmi'r-rehin, kabzı münkirdir. *(Hindiyye)*

Şu kadar ki râhin, bi-hükmi'r-rehn merhûn kabzedildikten sonra telef olduğunu dâva, ve müstevdi, bi-hükmi'r-rehn kabzedilmeden telefini iddia ettiğinde, râhinin beyyinesi tercih olunur. Zîra râhinin beyyinesi îfâ-yı deyni isbât ediyor.

Taksîm-i kabz: Kabz iki kısımdır.

Kısm-ı evvel: Hakīkaten kabzdır. Rehnedilen menkûle mürtehinin bi'l-fi'l vaziyet etmesi ve kezâ mürtehinin terhîn edilen akāra ba'de't-tahliye dühûlü gibi.

Kısm-ı sâni: Hükmen kabzdır. Bu da tahliyedir. *(Redd-i muhtâr)* Tahliye, kabza olan mevâni'in izâlesiyle kabza temkinden ibâretdir. *(İnâye ve Zeylaî)* Tahliyenin kâfi olmasının sebebi şudur: Râhinin muktedir olduğu şeyin gāyet ve nihayeti tahliyeden ibâretdir. Hakîkaten kabz gayrin fî'li olmakla, râhin onunla mükellef tutulamaz.

İmdi râhin, mürtehinin bilâ-mani' merhûnu kabzedebilecek hale getirmesiyle, kabza ruhsat verişi teslîm olur. Bununla rehin hükmen kabzedilmiş addolunur. Bey'de olduğu gibi. (263. ve 264. maddelere bakınız.) *(İnâye)* Merhûn gerek akār, gerek menkūl olsun. Hatta mürtehin hazır iken râhin rehni tahliye ettiği halde, mürtehin menkūl olan rehni eline almasa ve bulunduğu mevzi'den başka bir yere nakletmese de orada zâyi' olsa, mürtehin rehni zamân-ı gasb ile zâmin olur. *(Tahtavî, Redd-i muhtâr, Hidâye, Hindiyye ve Dürer)*[3]

Nitekim, rehin nefsü'l-emrde kabzedilmemiş iken, tarafeyn kabzın vukû'unda tesâduk etseler, bu da kabz hükmündedir. Yâni râhin ikrar-ı mezkûr ile muâheze olunur. *(Ankaravî)* (1587. maddeye bakınız.) Hatta şâhitler râhinin "rehni, mürtehin kabz ettiğini" ikrar eylediğine şahâdet etseler de "kabzederken gördük" demeseler bile şahâdetleri kabûl olunur. Merhûn hîn-i dâvada yed-i râhinde olunca vaktiyle kabz olunduğunu, yahut kabzı ikrar eylediğini isbâta mani' olmaz. Zîra râhinin rehinde fi'l-hal yedi, yed-i âriyet dahi olur. (749. maddeye bakınız.) *(Ankaravî fi'r-rehn)*

Rehni ikrârla kabzı ikrâr hâsıl olmaz. Tafsîlat-ı muharrereden anlaşıldığı üzre, mücerredd akd-i rehin ile rehin lâzım olmadığı gibi, râhin, akd-i rehni ikrâr ile dahi teslîmi, yâni kabz-ı rehni ikrâr etmiş olmaz. Binâberîn tahrîr olunan akd-i rehin senedinde, kabz-ı rehin münderic olmayınca mezkûr senetle lüzûm-ı rehinle hükmolunamaz. Zîra rehin, kavl ve kabz fi'ildir. Senette kavl zikrolunmasından dolayı, fi'ilden ibâret bulunan kabz dahi mezkûr senetle sâbit olamaz. *(Ankaravî)*

707. MADDE

[**Rehnin îcâb ve kabûlü râhin bu şeyi sana deynim mukābilinde rehn etim**] veya bu şey sana deynim olan şu kadar altına mukâbil rehn olsun [**deyip yahut bu mealde**] olarak bu malı alacağın mukābilinde rehin al demek gibi [**diğer bir söz söyleyip mürtehin dahi kabûl**] veya irtihân [**ettim veyahut râzî oldum**] veya aldım [**demek gibi rızâya**] ve rehne [**delâlet eder bir söz söylemektir.**] ki bu gibi sözlerle îcâb ve kabûl vukû' bulduğunda madde-i ânife mucibince rehin mün'akid olur. Amma rehne delâlet etmeyen elfâz ile rehin mün'akid olmaz. Meselâ bir kimse diğer kimesneye yüz mecidiye borcu olmakla, o kimse o kimesneye "Senin hakkından dolayı bunu imsâk ve kabzettiğini işhâd et." diyerek yüz mecidiye verse, bu muâmele rehin değil; îfâ-yı deyn olur. *(Hâniyye)*

---

3 وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى فى رواية اذا كان الرهن مما ينقل لا ينصير قابضا ما لم بنقل, خانيه.

Mecelle'de mezkûr olduğu üzre, "îcâb" râhin ve "kabûl" mürtehin tarafından olarak, akd-i rehn olunacağı gibi, "îcâb" mürtehin ve "kabûl" râhin tarafından olarak dahi akd-i rehn olunur. Nitekim bey' ve icâre ve havâle gibi ukūdda dahi hüküm böyle idi. Bu sûretde, bu maddede îcâbın râhin tarafından gösterilmesi, emr-i ihtirâzî değildir.

[**Ve rehn lafzının söylenmesi**] akd-i rehnde [**şart değildir.**] Belki, rehni îfâde eder söz söylemek kâfîdir. (3. maddeye bakınız.) Binâenaleyh, rehin lafzı söylemeksizin dahi akd-i rehn olunabiliyor. *(Redd-i muhtâr)*

[**Meselâ biri şu kadar kuruşa bir şey iştirâ ile bâyi'a bir mal verip de parayı verinceye kadar bunu alıkoy dese**] de o da alıkoysa [**ol malı**] meblağ-ı mezkûr mukābilinde [**rehn etmiş olur.**] Zîra râhin alıkoymağı vaktâ ki semen-i mebî'in i'tasına kadar temdîd eyledi. Maksûdu rehn olduğu mâlûm oldu. *(Hidâye ve Redd-i muhtâr)* Çünkü para verinceye kadar alıkonmak rehin mânâsıdır. (729. maddeye bakınız.) Ukūdda ise i'tibâr 3. maddeye mebnî me'âniyedir; elfâza değildir. Velev ki para mukābilinde alıkoy dememiş olsun. Yoksa o malı vedî'a etmiş olmaz. Nitekim on altın ile medyûn olan kimse dâyinine "Bu elli dört mecidiyeyi al da on altın borcu sana verinceye kadar bunu alıkoy." dese, bu muâmele rehn olup yoksa îfâ-yı deyn değildir. *(Hâniyye)*

Bu, rehin lafzının söylenmesi şart değildir fıkrasına misaldir. Misal-i mezkûr İmam-ı A'zam ve Muhammed rahimehümâllahü Te'âlâ'nın mezheblerine mebnîdir. Amma İmam Ebi Yusuf ve Eimme-i Selâse rahimehümü'llahü Te'âlâ'ya göre, lafz-ı mezkûr ile rehin değil vedî'a mün'akid olur. Çünkü lafz-ı mezkûr rehin ve îdâ'a muhtemeldir. Îdâ' rehinden ekall olmakla [4] îdâ'ın sübûtu iktiza eyledi. Lâkin râhin "Bunu deynin ve malın mukābilinde imsâk et." dediğinde rehin cihetini tâyin etmiş olur. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye)* Bu sûretde bi'l-ittîfâk rehn olur. *(Hâniyye)*

Ba'de'l-kabz, mebî'in semeni mukābilinde, o mebî'in rehnedilmesi câiz ise de, kable'l-kabz câiz değildir. Bu cihetle *Mecelle*'de "bir şey iştirâ ile bâyi'a bir malı" denilmesi yâni merhûnun mebî'den başka olmak üzre gösterilmesi, o mal o şeyden başka olması lâzım olacağını iş'âr için değildir. Zîra mebî' ba'de'l-kabz semen-i mebî'-i mezkûr mukābilinde rehn olmağa sâlihdir. *(Şürrünbülâlî ve Dürer)*

Meselâ müşteri mebî'i kabz ettikten sonra bâyi'a, mezkûr mebî'i verip de "Parayı verinceye kadar bunu alıkoy." dese hüküm böyledir. Amma müşteri mebî'i kabzetmezden evvel onu bâyi'ine terhîn edemez. Zîra mebî' kable'l-kabz 293. madde mucibince semen-i mebî' ile mazmûndur. Bir şey zamâneyn-i mütehâlifeyn ile mazmûn olamayacağından, rehin ile de mazmûn kılmak sahîh olmaz. Zîra zamâneyn-i mütehâlifeynin ictimâı muhaldir.

---

4 Şu vecihle ki vedîa sırf emanettir. Amma rehin, mazmûnün bi-gayrihidir.

İhtilâf-ı zamâneynin beyânı şudur: Ba'de'l-kabz mebî'de rehnin hükmü sâbit ve kıymet ve deynden hangisi ekall ise onunla mazmûn olur. Amma kable'l-kabz mebî' cemî-i semen ile mazmûndur. Velev ki semen-i mezkûr mebî'in kıymetinden ziyâde olsun. *(Mecme'u'l-enhur ve Ebussuud)* İmdi bu sûretde kable'l-kabz rehin câiz olsa mebî'in hem cemî-i semen, hem de kıymet ve semen-i mebî'den ekall ile mazmûn olmasını mûcib olur. Bu cihetle müşteri henüz mebî'i kabzetmemiş iken diğer bir malı mebî' ile beraber semen-i mebî' mukābilinde merhûn olsun diye bâyi'ine bir malı verse, yalnız o mal hissesiyle merhûn olur; mebî' merhûn olmaz. *(Hindiyye kubeyle'l-fasli'l-hâmis)*

Yine bu cihetle bir kimsenin satın aldığı malı kable'l-kabz bâyi'ine rehn etse de mezkûr mal, bâyi' yedinde telef olsa bey' münfesih olur. Müşteri üzerine bir şey lâzım gelmez. Diğer bir ta'birle o malın kıymeti semen-i mebî'den dûn olmasıyla, bâyi' kıymet-i mebî'in fazlasını müşteriden mutâlebe edemez. (293. maddeye ve şerhine bakınız.)

Yine bu cihetle, durmakla fâsid olacak, yâni bozulacak, et ve buz gibi bir şeyi müşteri iştirâ ve bunları kable'l-kabz semeni mukābilinde bâyi'ine rehnederek savuşsa, yâni parasını i'ta ve mebî'i ahzda terâhi eylese, bâyi' onu başkasına bey' ve başkası dahi bunu bildiği halde bile iştirâ edebilir. Ne bâyi' müşteriden ne de müşteri bâyi'den bir şey taleb edemez. *(Dürr-i muhtâr fî ma yecûzü irtihânühü ve ma la yecûzü)*

İn'ıkād-ı rehin lafzan olan îcab ve kabûle munhasır değildir. Te'âtî ve kitâbet ile dahi mün'akid olur. (69. maddeye bakınız.) Bey' ve icârede olduğu gibi. (175. ve 437. maddelere bakınız.) Bu mes'elenin *Mecelle*'de burada adem-i zikri mevâdd-ı mezkûreye kıyâsen ma'lûm olacağına mebnîdir. *(Redd-i muhtâr fî evveli'r-rehin)*

FASL-I SÂNÎ

İn'ıkād-ı rehnin şartları beyânındadır.

Rehnin in'ıkādında, rüknü ehlinden, yâni âkıl ve mümeyyizden sudur etmek ve hükmü kābil olan mahalle muzâf olmak şarttır. Rüknde halel olan rehin meselâ mecnûnun rehni bâtıldır.

Telhis-i şerâit: Mezkûr şerâit-i in'ıkād, râhine, mürtehine, merhûna, rehnin mukābili olan mala aiddir.

Birincisi ve ikincisi 708., üçüncüsü 709. ve dördüncüsü 710. maddelerde zikrolunuyor. Şerâit-i mezkûreyi hâiz olmayan akd-i rehin sahîh olmaz; bâtıldır. Nitekim bey' ve icâre gibi akitlerde dahi hüküm, minval-i muharrer üzre idi. (361., 362., 444. ve 458. maddelere bakınız.)

Akd-i rehnin vücûh-ı erba'a-i butlânı ber-vech-i ati îzâh olunur.

> **Vech-i evvel**: 708. maddedeki şurût bulunmamakla,
>
> **Vech-i sâni**: 709. maddedeki şurût bulunmamakla,
>
> **Vech-i sâlis**: Madde-i mezkûre şerhinde beyân olunduğu üzre merhûn mechûl olmakla,
>
> **Vech-i râbi'**: 710. maddedeki şurût bulunmamakladır.

Vech-i evvel ve sâni madde-i âtiyede, vech-i sâlis 709. maddede ve vech-i râbi' dahi 710. maddede beyân olunuyor. *(Aynî)* 705. maddede şerhan beyân olunduğu üzre yed-i adle vaz'edilen rehinde beşinci şart olmak üzre adlin âkıl olması lâzımdır. Âkıl olmayınca onun kabzıyla rehin tamam olmaz.

Rehnin şerâit-i sâiresi dahi vardir. Bu şartlardan başka rehin bir şarta muallak ve bir vakte muzâf olmaması dahi şarttır. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-evvel)* Nitekim 701. madde şerhinden dahi müstefâd olur.

İn'ıkād-ı rehnin şartı bulunup da bazı evsâf-ı hâriciyyesi i'tibâriyle meşrû' olmaz ise, rehin fâsid olur. Bu fasılda *Mecelle* rehn-i bâtılın ahkâmından bahsedecektir. Fakat rehn-i fâsidin ahkâmı dahi mühim olmakla bu fasılda tetmîmen-li'l-fâide rehn-i fâsid ahkâmından dahi şerhan bahsolunacaktır.

Bey', icâre, kefâlet ve havâle gibi ukūdda mu'teber olan şerâit-i in'ıkād bulunmadığı takdirde ukūd-ı mezkûrenin butlânı, *Mecelle*'nin ukūd-ı mezkûreye dâir olan kitâblarında tasrîh edildiği halde rehinde zikreddilmemesi, mukāyeseten ma'lûmiyyetine mebnîdir.

708. MADDE

[**Râhin ve mürtehinin âkıl olması**] rehnin in'ıkādında [**şarttır.**] (957. ve 966. maddelere bakınız.) Bu sûretde sağîr-i gayr-i mümeyyizin ve kebîr-i mecnunun rehin ve irtihânı bâtıldır. Gerek kendi nefisleriyçün ve gerek bi'l-vekâle olsun. Çünkü sağîr-i gayr-i mümeyyizin ve mecnunun aklı yoktur. Ale'l-umûm tasarrufâtta ise akıl şarttır. Bu halde bir kimse sağîr-i gayr-i mümeyyize bir malı rehin ve teslîm edip de o da muhafaza etmemekle zâyi' olsa, zamân lâzım gelmez.

[**Amma**] râhin ve mürtehinin [**bâliğ olması şart değildir.**] Bu takdirde sabî-i mümeyyiz, me'zûn olursa, rehin ve irtihânı sahîh ve nâfizdir. Zîra rehin ve irtihân ticâretin tevabi'indendir. Ticârete me'zun olan sabî-i mümeyyiz onun tevabi'inden olana dahi me'zûn olur. (967. maddeye bakınız.)

Meselâ sabî-i mümeyyiz-i me'zûnun, bir malı satması nâfiz olduğu gibi, semen-i mebî'ı müşteriden ahz ve istîfâ eylemesi de sahîh ve mûteberdir. İrtihân ise hükmen istîfâ-yı deyndir. Sağîr-i mümeyyizin Hakīkaten istîfâsı gibi hükmen istîfâsı dahi câizdir. Nitekim sabî-i mümeyyiz-i me'zun, bir malı iştirâ ve semen-i mebî'i bâyi'ine îfâ ettiğinde sahîh olur. Rehin ise hükmen îfâ-yı deyndir. Hakīkaten îfâsı gibi hükmen îfâsı dahi câizdir. Amma gayr-i me'zun olur ise icâzete mevkūf olur. Nitekim ber-vech-i ati îzâh olunur.

[**Hatta sabî-i mümeyyizin**] gerek me'zun, gerek gayr-i me'zun olsun [**rehin ve irtihânı câizdir.**] Bu sûretde bakılır: Me'zun ise rehin ve irtihânı câiz olduğu gibi nâfiz dahi olur. Gayr-i me'zun ise rehin ve irtihânı câiz ise de gayr-i nâfiz ve velisinin veya vasîsinin icâzetine mevkūf olur. Mücîz olursa nâfiz; olmaz ise münfesih olur. Nitekim sağîr-i mümeyyizin bey' ve şirâsında dahi böyle olduğu 967. maddede mezkûrdür.

Sağir-i mümeyyizin tasarrufâtının izne tevakkufunun sebebi şudur. Sabî, mümeyyiz olunca aklı nâkıs olmakla tasarrufunda zarar ihtimali olduğu cihetle, bilâ-izin nâfiz olmaz ise de, izin verilince maslahat ve menfa'at ciheti râcih, yâni velîsi veya vasîsi rehin muâmelesini tetkik ederek fâide bulunduğunu anlamış olacağından, nâfiz olur. (58. maddeye bak.) *(Ebussuud fi'l-hıcr)*.

Sağîr-i gayr-i mümeyyiz ile mecnunun rehin ve irtihânı bâtıl olunca bunların velîsi veya vasîsi bunlar için rehin ve irtihân edebilir:

Velî veya vasînin rehin vermesi veya irtihân eylemesi başlıca üç kısma inkısâm eder.

Kısm-ı evvel: Sağîr için rehin ve irtihân edilmesidir. Bu, iki zâbıta ile îzâh olunur.

Zabıta-i ûlâ: Mal-ı sağîrde hakk-ı tasarruf 974. maddede muharrer olan eşhasındır. Bu cihetle baba, sabînin malını sabînin borcu için rehn edebilir. Baba olmayınca bu salâhıyyet, mezkûr maddedeki tertib vechile vasî-i muhtâra ve cedd-i sahîha âit olur. Baba, akdin iki

tarafına tevellâ edebilir. Bu cihetle baba kendisinin sağîrdeki alacağı için sağirin malını kendi nefsine rehnedebileceği gibi, ehad-i sağireynin malını diğerine dahi rehnedebilir. Ta'bîr-i diğerle baba, akd-i rehnin iki tarafına dahi tevellâ eyleyebilir. Amma vasî akdin iki tarafına tevellâ edemez. *(Mecme'u'l-enhur ve Bezzâziyye)* (167. madde şerhine bakınız.)

Kezâlik baba, sağîr oğluna olan borcundan dolayı, kendi malını sağîr-i merkūma rehin ve o sağîr için habsedebilir. Amma vasî edemez. Lâkin vasînin sabîye tereke için rehn eylemesi ve irtihân etmesi dahi câizdir.

Meselâ vasî sağîrin nafakası için para istikrâz ederek onun mukābilinde sağîrin malını rehn etse sahîh olacağı gibi, sağîr için ticâret edip de bundan dolayı sağîr-i merkūm için rehin ve irtihân etse yine câizdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-hâmis)*

Bu cihetle müteveffânın vasîsi, veresenin nafakası için para istikrâz edip de veresenin bir malını meblağ-ı müstakraz mukābilinde rehnetdiğinde, verese sığâr ise sahîh olur. Bu sûretde sağîr bâliğ olduğunda rehni nakz ve merhûnu istirdâd edemez. Meğer ki deyni kâmilen edâ etsinler. (729. maddeye bakınız.)

Nitekim veresenin bazısı kibâr ve bazısı sığâr olunca, mezkûr istidâne ve rehin, yalnız sığâr üzerine nâfiz ve câiz olur. Amma veresenin küllîsi kibâr olunca rehin ve istikrâz-ı mezkûr sahîh olmaz. Verese-i merkūme gerek hazır ve gerek gāib olsunlar. (701. madde şerhine bakınız.) *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-hâmis)*.

Yine bu cihetle vasî, veresenin hayvanatının nafakaları için istidâne ve rehn ettiğinde verese sığâr ise bu istidâne ve rehin sahîh olduğu gibi, bazısı sığâr ve bazısı kibâr ise bu istidâne ve rehin ınde'l-İmameyn ancak sığâr haklarında sahîh olur. Amma kibâr haklarında sahîh olmaz.

Yine bu cihetle vasî, ber-vech-i bâlâ, veresenin devâbbının nafakası için istikrâz ve mukābilinde rehnetdiğinde, verese-i merkūme kibâr ve gāibler ise, istidâne ve rehin câizdir. Nitekim kibâr olup da bazısı gāib ve bazısı hazır olunca inde'l-İmameyn ancak gāibler hakkında sahîh olur. Hazır bulunanlar hakkında sahîh olmaz. Amma veresenin küllîsi hem kibâr hem de hazır bulunurlar ise istidâne ve rehin câiz değildir. *(Mine'l-mahalli'l-mezbûr)*

Vasî, baba gibi akd-i rehnin hem îcâb hem de kabûl cihetine tevellâ edemez. Binâenaleyh vasî, sağirdeki alacağı için sağirin malını kendi nefsine rehnedemeyeceği gibi, ehad-i sağîreynin malını diğerine dahi rehn eyleyemez. *(Zeylaî)*

Bu mes'elede baba ile vasî beyninde fark şudur. Baba, vüfûr-ı şefkati cihetiyle, iki şahıs menzilesine tenzil olduğu gibi, ibâresi dahi mal-ı sağiri nefse bey'de iki ibâre makāmına ikāme edilmiştir.

İmdi aslolan, akdin iki tarafına vahidin adem-i tevellâsı iken baba, bu mes'elede müstesnâ mevkide bulunmuştur. Amma vasînin kusur-ı şefkatine mebnî, onda hakikatden udûl olunamaz.

Binâenaleyh vasî sağirin malını, sağir oğluna olan borcuna mukābil dahi rehnedemez. Zîra vasî vekîl-i mahzdır. Vâhid ise tarafeyi'l-akde tevellâ edemez. Bey'de olduğu gibi. *(Mecme'u'l-enhur)*

Amma vasî, sağirin malını kebîr oğluna veya pederine olan borca mukābil rehn edebilir. Zîra vasînin kebîr oğluna veya pederine velâyeti yoktur. Bey'de olduğu gibi. (149. maddeye mürâca'at ediniz.) Rehinde töhmet dahi yoktur.

Zâbıta-i sâniye; 974. maddede muharrer eşhâsın gayrisinin mal-ı sağirde hakk-ı tasarrufu yoktur. Bu cihetle ümm, sağirin malını rehnetse câiz olmaz. Meğer ki ümm, vasî yahut eşhâs-ı merkūme tarafından me'zun yâni vekîl olsun. (Marru'z-zikir 974. maddenin fıkra-i ahîresine bakınız.)

Meselâ sağirin malını rehn etmesini, hâkim tarafından ümme izin verildiğinde, ümmün rehn etmesi sahîh olacağı gibi, ümm bilâ-izin sağirin malını rehnederek 760. madde vechile rehni bey'a birini ba'de't-tevkîl, hâkim rehni ve tevkîli müciz olsa, sahîh ve vekîl hâkim cihetinden tevkîl edilmiş olur. (1453. maddeye bakınız.) *(Redd-i muhtâr kubeyle faslin fî şahâdeti'l-evsıyâ)*

Bu sûretde rehni ve bey'i mücîz olan kadı azledilip de, diğer kadı geldiğinde, bu kadî-i cedîd huzurunda kadî-i evvelîn rehni ve bey'i mücîz olduğu sâbit olursa, rehni ve bey'i tenfîz ve illa bey'i redd ve ibtâl eyler. Eğer redd ve ibtâlde sağir için maslahat bulunursa. *(Hindiyye fi'l-fasli'l-hâmis mine'l-bâbi'l-evvel)*

Rehn-i marîz: Amma râhinin maraz-ı mevt ile marîz olmaması şart değildir. Bu cihetle marîzin rehni sahîh, ve rehn-i mezkûrde ahkâm-ı rehin sâbit olur. Rehnin kıymeti, mukābili olan deynden ziyâde olunca, ziyâde-i mezkûre teberru' sayılmaz. Zîra marîz malını yed-i emîne tevdî' eylemiş demektir. Şu kadar ki marîzin rehni, sâir guramâ haklarında nâfiz olmaz. Zîra bu rehin ile marîz, bazı guramânın matlûbâtını tercîhen îfâ-yı hükmî ile îfâ eylemiştir ki 1604. madde hükmünce bu, câiz değildir. *(Bezzâziyye fi's-sâlis)*

Binâenaleyh marîz, düyûnu terekesinden ezyed olduğu halde vefât etse, sâir dâyinler rehni kısmet-i guramâya idhal ederler. Yoksa 729. madde vechile mürtehin rehne ehakk olmaz. *(Behce)*

Kısm-ı sâni, baba, vasî ve ceddin; sağirin malını kendi borçları mukābilinde rehn etmeleridir. Şöyle ki baba, vasıyyü'l-eb ve ced sağirin malını kendi borçları mukābilinde rehnetmeleri istihsânen câizdir. Nitekim baba, sağirin malını kendisi ve sağir için istikrâz etti-

ği bir meblağ mukābilinde rehn etse sahîh olur. Zîra bunlar, sağirin malını îdâ' etmeğe muktedir olduklarından, rehn etmeğe muktedir olmaları bi-tarîkı'l-evlâdır. Şu cihetle ki, vedî'anın telefi halinde mazmûn olmayıp, amma rehnin telefi sûretinde deyn ile mazmûn olur. Nitekim karîben îzâh edilecektir. Fakat bu rehin, pederin kendi borcunu sağir oğlunun malından edâ etmek olmakla, kıyâs olan adem-i cevâz bulunmuştur. Lâkin rehin ile îfâ beyninde fark vardır. Şöyle ki: Hakīkatü'l-îfâda mülk-i sağirin fi'l-hâl mukābil olacak ivazsız izâle bulunup, amma rehinde sağirin mülkünün bekāsiyle beraber onun malını hıfz için, hafızı nasb vardır. *(Hidâye, Aynî ve Kîfâye)*

İmdi bu rehin sahîh olunca, sağir bâliğ olduğunda, deyn edâ olunmadan rehni istirdâd edemez. Belki edâ-yı deyn ile rehni sâhibine reddet diye râhine emrolunur. Rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhıkada zikrolunacağı üzre deyn sâkıt, ve sâkıt olan deyn miktarınca baba veya vasî-i mezkûr rehnin kıymetini zâmin olur; yoksa ziyâdesini değil. Zîra ziyâdesi emânet ve yed-i mürtehinde vedî'adır. Baba ve vasînin îdâ'-ı mal-ı sağire velâyetleri vardır. *(Zeylaî)*

Meselâ bin kuruş mukābilinde ber-vech-i bâlâ terhîn edilen malın kıymeti iki bin kuruş olup da yed-i mürtehinde telef olmakla deyn sâkıt olsa, baba veya vasî mezkûr rehnin kıymetinden yalnız bin kuruş miktarını zâmin olur. Zîra kendi borcunu sağirin malıyla te'diye eyledi. *(Hidâye)* Ziyâdesini değil *(Kîfâye ve Lisanü'l-hükkâm)*[5]

Meselâ baba, deyni edâ ile rehni kurtarmadan vefât ettiğinde sağir, deyni tamamen edâ ile malını rehniyyetten kurtarabilir. Yoksa deyni tamamen edâ etmeden istirdâd edemez. Zîra, velî ve vasînin tasarruf-ı mezkûrü lâzım ve nâfizdir. *(Kîfâye ve Ankaravî)*

Sağir-i merkūm bu te'diyede müteberri' olmaz, babanın terekesine mürâca'at eyler. Zîra sağir-i merkūm mu'îr-i rehin gibi (732. maddeye ve şerhine bakınız.) bu te'diyeye muztarr ve mecbûrdur.

Nitekim baba ve vasî, sağirin malını kendi borçları için bir kimseye rehin ve teslîm ve deynin vakt-i edâsı hulûlünde bey-i rehne o kimseyi tevkîl etmekle o da satsa baba ve vasî, sağirin malını zâmin olur. *(Hidâye, Aynî ve Zeylaî)* Amma baba, ibn-i kebîrinin malını kendi borcu için rehn edemez. Meğer ki izni bulunsun. (96. maddeye bakınız.) Zîra babanın, ibn-i kebîri üzerine velâyeti yoktur.

Kısm-ı sâlis, vasînin bi'l-vesâya müteveffânın vereceği ve alacağı mukābilinde rehin ve irtihân etmesidir. Şöyle ki vasî müteveffânın alacağı mukābilinde rehin alabilir. Velev ki veresenin küllîsi kibâr olsun. Zîra bu vechile rehin almak istîfâ-yı hükmî olup, vasî, istîfâ-yı hakîkîye muktedir olduğu gibi istîfâ-yı hükmîye dahi muktedir olur. *(Âdâbü'l-evsıyâ)* Ve

---

5 رهن مال ابنه الصغير وقيمته ازيد من الدين فهلك الرهن يضمن قدر الدين دون الزياده ولو كان وصيا ضمن جميع قيمته, انقروى. هذا مخالف ما مر عن الزيلعى.

mezkûr rehin yed-i vasîde bilâ ta'ad velâ taksir telef olarak 741. madde şerhindeki lâhıkada muharrer tafsîl vechile deyn sâkıt olduğunda vasîye zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bakınız.)

Nitekim müteveffâ hayâtında alacağına mukābil rehin almış olduğunda vasî, bu rehni imsâkda müteveffâ makāmına kāim olur. Fakat müteveffâ 760. madde vechile bey-i rehne vekîl olsa dahi vasî bu rehni satamaz. Meğer ki râhin izin versin. (1529. ve 1452. maddelere bakınız.)

Kezâlik vasî, terekenin malını müteveffânın borcu için rehn edebilir. Zîra vasî havâyic-i asliyyesinde müteveffânın makamına kāim olup îfâ-yı deyn dahi meyyitin havâyic-i asliyyesindendir. Şu kadar var ki vasî, müteveffânın borcu için müteveffânın malını bazı dâyinlere rehn edemez. Eder ise diğer dâyinlerin rızâsına tevakkuf eder. Bunlar dilerler ise rehni nakz edebilirler. Çünkü bu vechile rehinde bazı guramânın diğerleri üzerine îfâ-yı hükmî ile tercîh olup, îfâ-yı hakikī ile tercîh câiz olmadığı gibi îfâ-yı hükmî ile dahi tercîh câiz değildir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel ve fi'l-fasli'l-hâmis ve Âdâbü'l-evsıyâ fi'r-rehn)* Meğer ki diğer dâyinlerin borçları kâmilen îfâ olunsun; o halde rehn-i mezkûr dahi nâfiz olur. (24. maddeye bakınız.) *(Bezzâziyye fi'l-bâbi's-sâlis fi'z-zamân).*

Amma vasî, yetimin malını verese-i kibârın borcu için rehn edemez. Zîra vasî, bu halde, memnu' olan tasarruf ile tasarruf etmiş olur.

Vasî, müteveffânın malını vereseye, ve verese üzerine hâdis olan borç için rehn etse, bu verese meyanında sığâr ve kibâr bulunup da hazır bulunsalar, bu rehin ne sığâr ve ne de kibâr hakkında bi'l-ittîfâk câiz olur. Yâni ikisi hakkında dahi câiz olmaz. Zîra nasib-i kibârda rehnin müşâ'iyyeti mûcib, bundan dolayı hâsıl olan fesad, küllîsine sârî olur.

Vâris-i kebîrin terekeden bir malı rehnetmesi hakkında dahi âtî'z-zikir üç mes'elenin beyâniyle bu mebhase hitâm verilecektir.

Evvelen: Verâset kendisine munhasır olan vâris-i kebîr, terekeden bir malı kendi borcu mukābilinde rehn etse nazar olunur. Terekede borç yok ise sahîh olur. Borç var ise terekede alacağı bulunan kimsenin mürâca'atı üzerine rehin bi'l-ibtâl merhûn bey' edilerek terekenin deyni îfâ olunur. Şu kadar var ki vâris-i merkūm deyni îfâ eder ise, rehn-i mezkûr câiz olur. (24. maddeye bakınız.)

Sâniyen: Mes'ele-i ânife vechile sıhhat-i rehne mani' olan borç, hîn-i rehn ve teslîmdeki terekenin borcudur. Yoksa hîn-i rehn ve teslîmden sonra terekeye lahık olan borç, sıhhat-i rehne mani' olmaz. Şöyle ki, meselâ müteveffâ hayâtında bir malı âhara bey' ve semeni ba'de'l-kabz vefât edip de vâris-i merkūm terekeden bir malı âhara rehin ve teslîm ettikden sonra, müşteri, hıyar-ı ayb ile mebî'i reddederek terekeden semenin istirdâdına hüküm istihsâl etse bundan dolayı terekeye ârız olan deyn, rehn-i sâbıkın cevâzını ihlâl

eylemez. Zîra vakt-i rehn ve teslîmde terekede deyn bulunmadığından, merhûn hakk-ı guramâdan fâriğ olarak, vâris-i râhinin mülk-i müstakılli olmakla, onda hakk-ı mürtehin lâzım gelmiş olup, sonradan lühûk-ı deyn mürtehinin hakkını ihlâl ve ibtâl eylemez.

Sâlisen: Mebî'in bi'l-istihkāk zabtedilmesi, yahut mal-i gayr-i mütekavvim çıkması, mes'ele-i ânifede beyân olunan hıyar-ı ayb ile redd gibi değildir. Şöyle ki; vâris, ber-vech-i bâlâ terekeden bir malı rehin ve teslîm ettikden sonra müteveffânın hayâtında meselâ satıp parasını kabz etmiş olduğu mal, müşteri yedinden bi'l-istihkāk zabt edilmekle terekeden semenin reddi veyahut müteveffâ hayâtında, tarîk-ı âmmda bi-gayri hakk, hafr etmiş olduğu kuyuya birisi düşüp telef olmakla terekesinden diyet lâzım gelse, rehn-i sâbık bâtıl olmaz ise de, vâris-i merkūm rehnin kıymetini zâmin olur.

Ahkâm-ı mezkûrede vasî, vâris gibidir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-hâmis)*

709. MADDE

[**Merhûnun**] yâni rehn olunacak şeyin bey'a mahal, diğer bir ta'birle [**satılmağa sâlih bir şey olması**] sıhhat-i rehinde [**şarttır.**] Zîra rehinden maksûd, deynin ondan istîfâ edilmesidir. Satılmağa sâlih olmayan şeyden istîfâ-yı deyn olunamaz. *(Hidâye fîma yecûzü irtihânühü ve mâ lâ yecûzü)*

[**Binâenaleyh**] mebî' gibi merhûnun dahi [**vakt-i akd**]-i rehin [**de mevcûd ve**] hem [**mal**] ve hem de [**mütekavvim**], ma'lûm [**ve makdûru't-teslîm olması**] şart ve [**lâzımdır.**]

Bu madde iki hükmü şâmil ve bazı mesâil hükm-i evvele, ve bazı mesâil dahi hükm-i sâniye müteferri'dir. Binâenaleyh bu hükümlerin tafsîl edilmesi lâzım gelir.

Hükm-i evvel, satılmağa sâlih olan, ta'bîr-i diğerle vakt-i akidde mevcûd, mal-ı mütekavvim, makdûru't-teslîm ve ma'lûm bulunan her şeyin rehni câizdir.

Bu cihetle derâhim ve denânîr, ve mekîlât ve mevzûnât cinsi mukābilinde ve hılaf-ı cins olarak rehin olunabilir. İmdi bunlar cinsi mukābilinde rehn olunup telef olunca mukābili olan deyniyle telef olup, cevdetine i'tibâr olunmaz. *(Molla Miskîn)*

Meselâ bir kimse âdî elli kile buğdayını diğer kimesneye rehin ve teslîm ile, elli kile a'lâ tohumluk buğdayı istikrâz ve kabz ettikden sonra, yedinde merhûn bulunan elli kile buğday o kimse yedinde telef olsa, deyn sâkıt olur. Mukrız, "Benim ikraz ettiğim buğday a'lâ ve kıymeti ziyâde idi; fazla buğday veya para ver." iddiasında bulunamaz.

Bu hükm-i evvel kazıyye-i küllîye olarak sâdıktır. Yâni her merhûn satılmağa sâlihdir denilir. Amma aksi, kazıyye-i küllîye olarak sâdık olmayacağından, her satılmağa sâlih olan şey merhûn olmağa sâlihdir, denilemez. Şöyle ki müşâ'ın ve meşgulün bey'i câiz iken

rehni câiz olmadığı gibi, gayriye muttasıl olan şâğılin bey'i câiz olduğu halde bunun rehn edilmesi fâsid olur. Nitekim madde-i âtiye şerhinde îzâh olunur. Şu kadar var ki bir kimse yüklü hayvanın yükünü rehin ve hayvanı yüküyle beraber mürtehine teslîm etse mezkûr hayvan dahi merhûn olur. *(Ankaravî)*

Hükm-i sâni, satılmağa sâlih olmayan her şeyin rehni gayr-i câiz yâni fâsid yahut bâtıl olur. Şöyle ki merhûn mal ve mukābili mazmûn olup da bazı şerâit-i cevâz mefkūd olursa, rehin fâsid olur. Merhûn mal ve mukābili mazmûn olmaz ise rehin bâtıl olur. *(Şürünbülâlî)*

Bu hüküm üzerine mesâil-i âtiye teferru' eder.

Evvelen; merhûn, meyyit ve hür olan benî âdem olmak gibi mal olmasa, ya vakt-i akitde ma'dûm olsa rehin bâtıldır. Zîra ma'dûmun ve mâl-i mütekavvim ve makdûru't-teslîm olmayanın bey'i bâtıl olduğu 20., 209. ve 211. maddelerde beyân olunmuştur.

Sâniyen, deynin ibtidâen rehni câiz değildir. *(Redd-i muhtâr fî bâbi't-tasarruf fi'r-rehin)* "Ibtidâen" denildi. Zîra 760. madde şerhinde beyân olunacağı vechile intihâen deynin rehni câizdir.

Sâlisen, bu sene bağdan hâsıl olacak üzüm, veya bu yıl koyunların doğuracakları kuzular gibi şeylerin rehni bâtıl olduğu gibi av ve cibâl-i mübâhada vâki' olup henüz ihrâz olunmayan hatab gibi mübâhâtın kable'l-ihrâz rehni dahi bâtıldır. Av kable's-sayd ve dağdaki odun kable'l-ihrâz, kimesnenin mal ve mülkü değildir. (1247 ve 1243. maddelere bakınız.)

Râbi'an, merhûnun mâlûm olması şart olup mechûl olur ise rehin sahîh olmaz; bey'de olduğu gibi. (200 ve 213. maddelere bakınız.) Binâenaleyh bir kimse diğer kimesneye iki rubayı bi'l-i'tâ "Bunlardan hangisini dilersen sana olan yüz kuruş borcum mukābilinde rehin al." deyip de o da alsa yâni merhûn, mezkûr iki rubadan hangisi olduğu tâyin ve mürtehin tarafından dahi birisi ihtiyâr edilmeden, mezkûr iki robanın ikisi de yed-i mürtehinde telef olsa, İmam Ebî Yusuf rahımehü'llahü Te'âlâ'ya göre mürtehin üzerine bir şey lâzım gelmeyip deynden hiçbir mikdar sâkıt olmaz. *(Abdülhalîm, Hâniyye, Redd-i muhtâr kubeyle bâbi'r-rehin yûau alâ yed-i adl)*[6]

Hâmisen, rahin mürtehine "Bunların birisini rehin al." diyerek iki roba verse İmam Ebi Yusuf'a göre hüküm yine böyledir. *(Redd-i muhtâr fi'l-mahalli'l-mezbûr)*[7]

Nitekim bir kimse diğer kimesneye yüz kuruş vererek "Sana borcum olan yiğirmi kuruşu bundan çıkar." dese de o kimesne alacağını ondan çıkarmadan meblağ-ı mezkûr yüz

---

6 وجعل هذا بمنزلة رجل عليه عشرون درهما فدفع المديون الى الطالب مأة درهم وقال خذ منها عشرين درهما فقبضهما فضاعت من يده قبل ان يأخذ منها عشرين درهما ضاعت من مال المديون والدين عليه على حاله, خانيه.

7 ولو دفع اليه ثوبين وقال خذ احدهمل رهنا بدينك فأخذهما وقيمتهما على السواء قال محمد رحمه الله تعالى يذهب نصف قيمته كل واحد منهما بالدين ان كان مثل الدين, خانيه.

kuruş o kimesne yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, o kimesnenin yiğirmi kuruş alacağı sâkıt olmaz. *(Redd-i muhtâr fi'l-mahalli'l-mezbûr, Hâniyye)*

Yine bu cihetle şâhitler, râhin şey-i mechûlü rehin ve teslîm eylediğini gördük diye şahâdet etseler kabûl olunmaz. *(Bezzâziyye fi'l-hâmis mine'ş-şehâde)*. Şu kadar var ki rehn-i mechûlü ikrâra şahâdet kabûl olunur. Şöyle ki râhin şöyle bir malı rehin ve teslîm eylediğini iddia eylediği halde şâhitler, mürtehin bir malı rehin aldığını ikrâr ettiğine şahâdet edip de merhûnu tâyin ve tavsif edemeseler kabûl olunarak mürtehin merhûnu beyâna cebrolunur. 1579. maddeye bakınız; ve bunda söz mürtehinindir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara mine'r-rehin)*

Nitekim mürtehin râhinden bir malı rehin aldığını ba'de'l-ikrâr bir robayı getirip de rehin budur diye beyân ettiğinde, söz ma'a'l-yemîn mürtehinindir. *(Bezzâziyye fi'l-hâmis fi'ş-şahade)*

Sâdisen, merhûn hakk-ı zamânda münaza'aya mufzî olacak sûretde mechûl olmaması şarttır. Binâenaleyh bir kimse iki koyunu otuz altın mukābilinde rehin verip de birisi yirmi altın ve diğeri on altın mukābilinde merhûn olmasını bi'ş-şart, fakat hangi koyun yirmi altın ve hangi koyun on altın mukābilinde merhûn olacağı tasrîh kılınmasa, rehin fâsid olur. Çünkü mezkûr iki koyundan birinin telefi halinde, ne vechile mazmûn olacağı ma'lûm olmayacağı gibi, meselâ yirmi altın borç îfâ olunduğunda hangi koyun istirdâd edileceği de ma'lûm olamaz. *(Ebussuud Hâşiyetü'l-Kenz)*

Amma merhûn râhinin mülkü olması, sıhhat-i rehinde şart değildir.

Binâenaleyh bir kimse diğerin malını onun izniyle rehnedebileceği ve buna rehn-i müste'âr ıtlak olunduğu gibi, onun izni olmaksızın bi'l-velâye veya bi'l-vesâye dahi rehn edebilir. (701. maddenin şerhine ve 708. maddeye bakınız.) *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli'l-evvel mine'r-rehn)*

710. MADDE

[**Merhûnun mukābili**] olan hak, hem [**mal**] ve hem de [**mazmûn**] bi-nefsihi [**olmak**] sıhhat-i rehinde [**şarttır.**] Diğer bir ta'birle rehnin sıhhatinde merhûnun mukābili olan hakkın iki sıfatı hâiz olması şart olup birincisi, o hakkın mal ve ikincisi malın mazmûn binefsihi olmasıdır. İmdi bu hakkın onda bu iki sıfatın ikisi de bulunur; o hakkın mukābilinde rehin sahîh olur. Amma bu iki sıfatın yalnız birisini veya ikisini bulunmaz ise mukābilinde rehin sahîh olmaz.

Bu maddeden iki hüküm müstefâd olur

Hükm-i evvel; merhûnun mukābili mal mazmûn olur ise, rehin sahîh olur.

[**Binâenaleyh**] deyn yâni alacak, müslemün fîh, re's-i mâl-i selem, semen-i sırf, dem-i amdden sulh bedeli, diyet, erş ve bedel-i icâre için rehin almak câiz olduğu gibi, [**mal-ı**

mağsûb] sevm-i şirâ tarîkıyla tesmiye-i semen olunarak makbûz mal gibi, misli, veya kıymeti ile mazmûn a'yân [**için**] dahi [**rehin almak câiz**] ve sahîh [**dir.**] *(Dürer, Dürr-i Muhtâr, Redd-i muhtâr, Aynî ve Zeylaî)* Zîra mal-ı mağsûb, 890. ve 891. maddelerde beyân olunduğu üzre, bi-nefsihi mazmûndur. Yâni mevcûd ise aynen teslîmi lâzım geldiği gibi müstehlek olduğu takdirde misliyyâttan ise misli ve kıyemiyyâttan ise kıymeti lâzım gelir. Şimdi bunların ahkâmını tafsîl edelim.

Alacak mukābilindeki rehnin hükmü icmâ'len 709. madde şerhinde zikrolunduğu gibi 741. madde şerhindeki lâhıkada dahi tafsîl olunur.

Bedel-i îcâr mukābilindeki rehin; -bedel-i îcâr mukābilinde müste'cirden rehni alınmak sahîh olup, buna dâir bazı tafsîlât 701. madde şerhinde zikrolundu.

Müsellemün fîhe mukābil rehin; -müslemün-fîhe mukābil alınan rehin yed-i mürtehinde telef olsa- gerek kable'l-iftirâk telef olsun- akd-i selm bâtıl olmaz. Zîra müslemün-fîhin mecliste kabzı şart değildir. Bu sûretde mezkûr rehin yed-i mürtehinde ba'de'l-iftirâk telef olduğunda mürtehin müslemün-fîhi istîfâ eylemiş olur. Eğer rehin müslemün-fîhe kâfî ise. Ve bu halde selem tamam olur. *(Zeylaî, Şiblî ve Şerhu'l-Mecma')*

Bedel-i sırfa ve re's-i mal-ı seleme mukābil rehnin hükmü; -bedel-i sırfa ve re's-i mal-ı seleme mukābil alınan rehin, yed-i mürtehinde kable'l-iftirâk telef olduğunda, mürtehin, bedel-i sırfı ve re's-i mal-ı selemi istîfâ eylemiş addolunur; eğer merhûnun bedeli, re's-i mal-ı seleme ve bedel-i sırfa kâfi ise. Zîra selem ve sırf akdolunduğu meclisde kabz mevcûd olmuş olur. Ve eğer ba'de'l-iftirâk telef olduğunda sırf ve selem bâtıl olur. Zîra re's-i mal-ı selem ile bedel-i sırf, meşrût olduğu üzre meclis-i akidde hakîkaten kabz eylediği gibi hükmen dahi kabzedilmiş olmaz. *(Mine'l-mahalli'l-mezbûr)*

İstisnâ: Mebî' henüz müşteriye teslim edilmeyip bâyi' yedinde iken semen-i mezkûre mukābil bir mal rehin verilse câiz olmaz. Binâenaleyh müşterinin mezkûr rehni istirdâda hakkı vardır. Zîra mebî' kable't-teslîm semen ile mazmûndur.

Meselâ bir kimse diğer kimesneye on altın mukābilinde bir at satıp, onu henüz müşteriye teslîm etmeden semen-i mezkûre mukābil on altın kıymetinde bir sa'ati rehin ve teslîm etse, sahîh olmaz. Bu sûretde mezkûr sa'at yed-i bâyi'de telef olsa ve ber-vech-i muharrer mebî' ile merhûnun kıymetleri müsâvî bulunsa on altın ile mazmûn olur. *(Hâniyye)*

Hükm-i sâni; merhûnun mukābili mal mazmûn olmaz ise rehin sahîh olmaz, veya bâtıl olur. Bu takdirde rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde telef olsa, meccânen telef olur. Zîra rehn-i bâtıl asla hükmü îfâde etmez, veya fâsid olur. Nitekim karîben tafsîl olunacaktır. Ati'z-zikir fıkra, bu hükm-i sâni üzerine teferru' eder.

[**Amma**] kefâlet bi'n-nefs, şuf'a, takas, mebî'de bulunan ayıb, veya dâyinin kabzeylediği alacak içinde bulunan kalp ve kefâlet bi'd-derk gibi asla mal olmayan şeyler için re-

hin almak sahîh olmadığı gibi hür olan benî âdem ve lâşe satılıp da onun semeni veya kumar veya rüşvet mukābilinde bir mal rehnedilse, sahîh olmayıp bâtıldır. Zîra bey-i mezkûr 210. maddeye mebnî bâtıl ve semen-i mezkûr müşteri üzerine gayr-i lâzım olmakla, rehn-i mezkûr dahi bâtıl olur. *(Hindiyye fi'l-fasli's-sâlis mine'l-bâbi'l-evvel ve fi'l-bâbi's-sâlis)* Nitekim navvâhe ve muganniye istîcâr edilip de ücreti mukābilinde rehin verilse sahîh olmaz ve bu rehin, mürtehin yedinde telef olsa zamân lâzım gelmez. *(Feyziyye ve Ankaravî)*

Şimdi bunların hükümlerini tafsîl edelim:

Kefâlet bi'n-nefse mukābil rehin: Kefîl bi'n-nefs, mekfûlün-anhı mekfûlün-lehe teslîm etmek üzre, mekfûlün-leh nezdine bir malı terhîn etse bâtıldır. Nitekim bir kimse diğer kimesnenin nefsine ve o kimesneyi bir seneye kadar Zeyd'e teslîm edemezse, o kimesnenin Zeyd'e olan borcunu zâmin olmak üzre kefil olsa ve bundan sonra o kimesne o kimseye mezkûr borca mukābil rehin verse, bâtıl olur. Zîra o kimesne üzerine henüz borç lâzım gelmemiştir.[8]

Derke mukābil rehin: Derke mukābil rehnin dahi bâtıl olduğu 701. madde şerhinde zikrolundu.

Kefâlet bi'd-derk ile rehin bi'd-derk beynindeki fark: Kefâlet bi'd-derk sahîh olduğu 638. maddede mürûr etmiş idi. Rehin bi'd-derk ise sahîh olmamakla, beynlerinde fark bulmak iktizâ etti. Fark şudur: Rehin istîfâ için meşrû' kılınmıştır. Kable'l-vücûb ise istîfâ olamaz. Zîra zamân-ı derkin bir kısmı, inde istihkākı'l-mebî', zamân-ı semenden ibârettir. Zamân-ı mezkûr hal-i vücûb-ı deyne muzâf olarak, binâenaleyh rehin sahîh olmaz. Amma kefâlet asıl deyni değil, mutâlebeyi iltizâmdan ibârettir. Binâenaleyh bunda izâfe câizdir. Görülmez mi ki filanda sâbit olacak alacağa kefâlet câiz olup amma filanda sâbit olacak alacağa mukābil rehin câiz değildir. *(Kîfâye ve Zeylaî)*

Kezâlik kable'l-kabz mebî' gibi bi-gayrihi mazmûn olup, bi-nefsihi mazmûn olmayan ve me'cur, vedî'a, âriyet, mal-ı mudârabe ve mal-ı şirket gibi asla mazmûn bulunmayıp sırf [**emânet olan mal**]ın nefsi [**için rehin almak sahîh olmaz**] yâni bâtıl olur. *(Redd-i muhtâr)* Zîra bunlar mazmûn değildir. Çünkü zamân 416. maddede zikrolunduğu üzre hâlikin bedelini, yâni telef olan şey misliyyâttan ise onun mislini ve kıyemiyyâttan ise onun kıymetini reddetmek demektir. Emânet-i mezkûre aynen mevcûd olunca sâhibine aynen reddi lâzım geldiği cihetle rehinden bunların istîfâsı gayr-i mümkün olduğu gibi bilâ-ta'add velâ taksîr telefi halinde mukābilinde bir şey lâzım gelmez ki, rehnden istîfâ olunsun. Amma emânât-ı mezkûre istihlâk veya ta'addî ve taksîr ile itlâf olunduğunda emânet olarak kalmaz; mazmûn olur. *(Redd-i muhtâr, Zeylaî ve Kîfâye)* Halbuki rehin, vâki' emânete mukābildir, mazmûna mukābil değildir. Binâenaleyh sonradan rehin sahîh olur denilemez.

---

8 وكذا ان مات ولم يؤدك فهو على ثم اعطاه عمرو رهنا لم يجز. رد محتار.

Kable'l-kabz mebî'a mukābil rehin: Bir kimse diğer kimesneden iştirâ edip henüz teslüm eylemediği, meselâ sa'ate mukābil bâyi' müşteriye bir malı rehin verse gayr-i sahîh ve Sâhibü'l-kîfâye ile Zeylaî'nin beyanlarına göre, rehn-i mezkûr bâtıl olur. Bu cihetle rehn-i mezkûr yed-i müşteride telef olduğunda, bi-gayr-i şey telef olarak müşteri üzerine bir şey lâzım gelmez. *(Şiblî)* Amma ***İhtiyâr*** ile ***Kirmânî***'de ve ***Hâniyye***'de rehn-i mezkûr fâsid olduğu beyân ve fetvâ dahi bunun üzerine olduğu ityân olunmuştur. *(Redd-i muhtâr)*[9]

İmdi bu vechile kable'l-kabz mebî' mukābilinde rehin fâsid olduğu sûretde, rehn-i fâsidde rehn-i sahîh ahkâmı cari olmakla rehn-i mezkûr kendi kıymetiyle aynin yâni mebî'-i mezkûrün kıymetinden ekall ile mazmûndur. *(Ebussuud)* Ânifen zikrolunduğu üzre ***Hâniyye***'de dahi ber-vech-i mezkûr muharrerdir.

Mal-ı mudârebe ve vedî'aya mukābil rehin: Bir kimse diğer kimesneye mudârebe veya vedî'a tarîkıyla verdiği para için, o kimesneden rehin alsa bu rehin bâtıldır. *(Fetâvâ-yı İbn-i Nüceym)* Hatta mürtehin bu gibi rehni 729. maddeye temessükle yedinde habsedemeyip mukābili olan emâneti almasa bile lede'l-matlab mezkûr rehni, râhine redde mecbûrdur. *(Mine'l-mahalli'l-mezbûr)* (97. maddeye ve şerhine bakınız.) Binâenaleyh, râhin onu istirdâd etmek istediği halde mürtehin vermeyip de yedinde telef olsa, 901. maddeye mebnî mürtehin üzerine mazmûn olur. *(Redd-i muhtâr ve ma yecûzü irtihânühü)* Ve kable't-taleb yed-i mürtehinde telef olsa emâneten telef olup, deyn sâkıt olmaz. Zîra rehn-i mezkûr bâtıl olup, rehn-i bâtılın ise hükmü yoktur.

Âriyete mukābil rehin: Meselâ vâkıfü'l-kütüb, kitâbların rehinsiz kütübhâneden dışarı çıkarılmamasını şart etse, bu şart bâtıl olur. Zîra kütüb-i mezkûre, dışarı çıkaranlar yedlerinde emânet olacağından, telef olsa, rehnden istîfâ olunamaz. Fakat şart-ı vâkıfa ittibâ'ın vücûbu cihetiyle, buradaki rehin mânâ-yı lağviysine hamledilmelidir ki, bu da tezkireden, yâni mürtehin bulunan hâzinü'l-kütüb "kütübhâneci" aldığı rehni kütübhâneye vaz' birle, bununla merhûnün-bih olan kitâbın müste'îrden mutâlebesini tezekkür ve der-hâtır eylemesinden ibâret olur. *(Redd-i muhtâr fî bâbi't-tedbîr ve fi'r-rehin)*

Îzâhât: Şerhan "emânetin nefsi için" denildi. Zîra reddi haml ve me'ûnete muhtâc olan âriyetin mu'îre redd ve iâdesi için, müste'îrden rehin almak sahîhdir. Şu kadar ki bizzat müsta'îr reddetmek için rehin almak sahîh değildir. Hayyâtada dahi hüküm böyledir.

El-hâsıl hayyâta ve nakl-i hamûle gibi bir şey için ecîr istîcâr olunduğunda eğer istîcâr, mutlak hayyâta ve mutlak nakl-i hamûle üzerine vâki' olmuş ise bunun için ecîrden rehin alınmak sahîh olur. Amma akd-i icâre, bu terzinin bizzat dikmesi ve bu hammalın bizzat nakleylemesi yahut şu muayyen hayvan ile naklolunması üzerine vâki' olmuş ise bunun için ecîrden rehin alınmak sahîh olmaz. Nitekim kefâletde dahi hüküm böyle olduğu 631. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunmuş idi. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel fi'l-fasli's-sâlis mine'r-rehin)*

9 اذا اشترى الرجل سيفا واخذ من البايع رهنا بالسيف فهلك عنده كان عليه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة السيف. (خانيه)

Hulâsa: 631. madde şerhinde zikrolunduğu üzre a'yan üç kısımdır.

Birincisi, a'yân-ı mazmûne bi-nefsihâ,

İkincisi, a'yân-ı mazmûne bi-gayrihâ,

Üçüncüsü, a'yân-ı gayr-i mazmûnedir

Kısm-ı evvel mukābilinde rehin sahîh ise de, kısm-ı sâni ve sâlis mukābilinde bâtıl olur. Ve kable'l-men', merhûn, yed-i mürtehinde telef olur ise, telefiyle mürtehin üzerine bir şey lâzım gelmez. Amma ba'de'l-men' telef olur ise mürtehin zamân-ı gasb ile küll-i bedelini zâmin olur. (891. maddeye bakınız.) *(Hâniyye)*

LÂHİKA

Üç mebhası hâvîdir.

Mebhas-ı Evvel

Rehnin adem-i fesâdının şartlarına dâirdir.

1. Mes'ele: Merhûn 709. madde vechile mal ve mukābili olan şeyde 710. madde vechile mazmûn olup, fakat bazı şerâit-i cevâz bulunmasa rehin fâsid olur. Rehn-i müşâ' ve rehn-i meşgûl gibi. İmdi rehn-i müşâ' ve rehn-i meşgûl fâsid oldu. Zîra şart-ı in'ıkād mevcûd ve şart-ı sıhhat gayr-i mevcuttur. Ve her mevzi' ki merhûn mal ve mukābili mazmûn olmaz ise rehin asla mün'akid olmaz. *(Tenvir ve Şurunbulalî)* Nitekim mesâil-i âtiyeden aşikâr olur.

2. Mes'ele; rehin, şarta muallak ve bir vakt ile mü'eccel olmamak şarttır. Binâenaleyh te'cîl-i rehin, rehni ifsâd eder. Zîra rehnin hükmü istîfâ-yı deyne kadar habs-i dâim olup, te'cîl ise buna münâfîdir, amma te'cîl-i deyn sahîhdir. *(Redd-i muhtâr)*

3. Mes'ele; rehnin, hakk-ı râhin ile meşgûl olmaması lâzımdır. Bu cihetle yemişli ağacı yemişsiz olarak, yahut arzı üzerinde ağaçlar olmaksızın veya arzı üzerindeki ekinsiz yâni bunların rehinde adem-i dühûlü tasrîh ile ağacı yahut arzı rehn etmek sahîh olmaz. Bu vechile merhûn, gayr-i merhûna muttasıl olunca bunun rehni gayr-i câizdir. Zîra müstakillen merhûnun kabzı mümteni'dir.

Amma meselâ, yer rehnedilip de üzerindeki ekinden sükût edilse 711. maddeye mebnî mezkûr ekin rehinde dâhil olur. Zîra ekin merhûna muttasıldır. *(Şürünbülalî)*

Yine bu cihetle bir kimse derûnunda kendisi veya eşyası bulunan hâneyi rehin ve böylece meşgûlen teslîm etse sahîh olmaz; ba'de't-tahliye teslîm-i cedîd lâzımdır. *(Ankaravî)*. Meselâ râhin ile mürtehin bir hânede dururlar iken mezkûr hâneyi rehnettikden sonra mürtehine sana teslîm eyledim dese bile rehin tamam olmaz.

Yine bu cihetle bir kimse borcu mukābilinde derûnunda emtiası ve emvâli bulunan çuvalları rehin ve ol vechile meşgûlen teslîm etse câiz olmaz. *(Hâniyye)* Şu

kadar var ki rehnolunan hânede bulunan eşyâ-yı mezkûreyi, râhin evvelâ mürtehine vedî'a verip de ba'dehü hâneyi, eşya-yı mezkûre ile beraber teslîm etse rehin ve teslîm sahîh olur. *(Hâniyye)*

Lâkin rehin, gayr-i râhinin hakkıyla meşgûl olması rehnin cevâzına mani' olmaz. Binâenaleyh râhinin gayri bir kimsenin metâ'ıyla meşgûl bulunan hânenin rehni sahîhdir. *(Redd-i muhtâr fî mâ yecûzü irtihânühü vema la yecûzü)*

4. Mes'ele; rehnin, vakt-i kabzda müşâ' olmaması, rehnin adem-i fesâdında lâzımdır. Zîra rehnin mûcibi, mürtehinin alacağını istîfâ edinceye kadar habs-i rehne ihtisâsı olup bu mânâ müşâ'da mutasavver değildir. Çünkü müşâ'da yed, ancak cüz-i mu'ayyende yâni müşâ'ın merhûn olan kısmında sâbit olur. Şu cihetle ki bu rehin câiz olsa mürtehin bir gün bi-hükmi'r-rehin imsâk edecek ve bir günde râhine iâde eyleyecek. *(Şiblî ve Ebussuud)* Merhûn ister kābil-i taksîm olsun, ister olmasın. Ve gerek şerîke [10] ve gerek ecnebîye rehnedilsin. Ve şuyû' gerek târî ve gerek mukārin olsun.

Şuyû-ı târî: Bir malın küllîsi rehn olunduktan sonra ba'zısında rehin feshedilmek gibidir. *(Lisanü'l-hükkâm)*

Bu cihetle bir hânenin veya bir esterin nısf-ı şâyi'ini rehnetmek fâsid olur. *(Redd-i muhtâr)*

Bu mes'elede "vakt-i kabzda......" denildi. Zîra vakt-i akitde müşâ' olup da vakt-i teslîm ve kabzda müşâ'iyyeti meselâ taksîm ve ifrâz ile zail olsa, rehin sahîh olur. (24. maddeye bak.)

Vakıf yerde olan bağ ve bahçe rehnedilmek dahi rehn-i müşâ' hükmündedir. *(Fetâvâ-yı Ebussuud)* Nitekim binâyı arsasız rehnetse bu da câiz değildir.

Bu cihetle adl, ale'l-ıtlak yâni müctemian ve müteferrikan bey-i rehne tevkîl edilmekle, adl-i merkūm rehnin nısfını bey' etse, ârız olan şuyû'a mebnî, nısf-ı âharda dahi rehin bâtıl olur. *(Ankaravî)*

Yine bu cihetle bir malın küllîsi rehin ve teslîm olunduktan sonra, nısf-ı şâyi'inde tarafeyn fesh-i rehn etseler de mürtehin onu râhine reddetse, nısf-ı diğerinde dahi rehin fâsid olur. *(Şiblî)*

Şuyû'-ı târî sebebiyle fesâd-ı rehin, tarafeyn mezhebidir. Çünkü müşâ', rehne mahal değildir. Mahal olmayan şeyde ise ibtidâ ile bekā seyyândır. Lâkin inde Ebi Yusuf, şuyu-ı târî akd-i rehni fesâd eylemez. Zîra ibkā, ibtidâdan esheldir. (56. maddeye bakınız.) *(Ankaravî, Hâniyye ve Şerhi'l-mecma')*.

Yine bu cihetle bir malın küllîsi bir kimseye rehin ve teslîm olunduktan sonra nısf-ı şâyi'i bi'l-istihkāk zabt edilse bâkîsindeki rehin sahîh olmaz. *(Bezzâziyye)*

---

10 Zîra bu rehin câiz olsa mürtehin merhûnu bir gün bi-hükmi'l-mülk ve bir günde bi-hükmi'r-rehin imsâk edeceğinden gûya bir gün rehnedilmiş ve bir gün rehnedilmemiş olur. (*Zeylaî*).

Amma bir malın küllîsi ba'de'r-rehin nısf-ı muayyen ve müfrezî bi'l-istihkāk zabt edilse, bâkīsinde rehin sahîh ve bâkī-i mezkûr küll-i deyn mukābilinde mahbûs olur. *(Bezzâziyye fî mukaddemeti'r-rehn ve Ankaravî ve Zeylaî)*[11]

Bâkī-i mezkûr yed-i mürtehinde telef olduğunda, deynden hissesiyle telef olur. Yoksa mezkûr bâkīnin kıymetinde küll-i deyne kîfâyeti olsa bile küll-i deyn sâkıt olmaz. *(Hâniyye)* Meselâ bir kimse bin kuruş borcu mukābilinde her biri biner kuruş kıymetli iki atı dâyine rehin ve teslîm ettikden sonra yalnız birisi bi'l-istihkāk zabtolunsa at bin kuruşa hissesi mukābilinde rehin kalır. Ve mezkûr at fekk edilmek sûretinde küll-i deynin îfâsı lâzım gelir. Fakat yed-i mürtehinde telef olsa, yalnız nısf-ı deyn sâkıt olup, nısf-ı âhar ile mürtehin râhine rücû' eyler. *(Bezzâziyye fi'l-mahalli'l-mezbûr ve Şiblî)*

Yine bu cihetle 721. madde vechile, müşterek mallarından olmak üzre bir malı rehin ve teslîm etmiş olan iki kimse aleyhine olarak, daha evvelce irtihân ve kabz eylemiş olduğu beyâniyle bir şahıs rehin ve kabz iddia ve onlar inkâr etmeleri üzerine, müdde'î bulunan mürtehin o iki kimseden yalnız biri aleyhine ikāme-i beyyine ederek, rehin ve kabzı isbât edip, fakat diğeri tahlîf bulunmakla o da yemînden nükûl etse, ikisi aleyhine rehniyyetle hükmolunur. Ve evvelki rehnin hükmü kalmaz. Fakat sebeb-i hükümler muhtelif olup, birisi beyyine ve diğeri yemînden nükûldür. Amma o diğeri yemîn eder ise onun hakkında rehniyyet sâbit olmayacağı gibi, öbürü -ki onun hakkında rehniyyet beyyine ile sâbit olmuş idi- hakkında dahi rehniyyet ile hükmolunamaz. Ve mürtehin bu halde rehni onlara reddetmesi lâzım gelir. Zîra bunda rehniyyet ile hükm olunsa, rehn-i müşâ' ile hükmedilmiş olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara mine'r-rehin ve Hâniyye)*

Yine bu cihetle, iki mürtehin ve bir râhinin tesâduk ettikleri deyne mukābil, bir mal o iki mürtehine rehin ve teslîm olunduktan sonra, iki mürtehinden birisi, "Bizim râhinde bir gûnâ alacağımız yoktur." dediği halde diğeri "Bizim onda matlûbumuz vardır." dese, İmam Ebi Yusuf'a göre rehin bâtıl ve İmam Muhammed'e göre, münkir hissesinde rehin sahîh olur. *(Şerhu'l-Mecma')*

Yine bu cihetle 721. madde vechile mürtehin olan iki kimseden biri, bu mal kendisiyle arkadaşı birlikte olarak yüz kuruş mukābilinde irtihân ve kabzettiklerini iddia ve râhin inkâr etmesi üzerine, müdde'î ikāme-i beyyine ile isbât-ı müdde'â ettiği halde diğer mürtehin irtihânı inkâr etse, İmam Ebî Yusuf'dan bir rivâyete göre, bu dâva ve isbât üzerine rehniyyet ile hükmolunamaz. Merhûn râhine reddolunur. Zîra bunun dâvası ancak nefsi hakkında mesmû'dur; arkadaşı hakkında mesmû' olmamakla merhûn müşâ' olacağından, rehni sahîh olmaz. *(Şerhu'l-mecma')* Ve müşarun-ileyhden diğer bir rivâyetde merhûnun küllîsi, müdde'îye alacağından hissesiyle merhûn olur. Diğerlerinin inkâriyle rehin bâtıl olmaz ki İmam-ı A'zam

---

11 قال رهن الارض بما فيها او الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت الى ما بقى فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وان كان ابتداء الرهن لايجوز عليه بطل الرهن يعنى ان كان الباقى مفرزا بقى الرهن فيه وان كان شايعا بطل, شبلى.

dahi buna kāil oluyor. *(Hâniyye)* Amma İmam Muhammed'e göre müdde'î bulunan mürtehin hakkında rehniyyetle hükmolunarak rehn-i mezkûr müdde'î-i merkūm ile adl yedlerine vaz' olunur. Zîra müdde'î dâvasını bi'l-beyyine isbât etmekle, bu sübût hem müdde'î hem de arkadaşı hakkında mu'teberdir. Arkadaşının inkârı ise ancak kendi hakkında mu'teber ve müdde'î hakkında gayr-i mu'teber olmakla müdde'înin hakkı küll-i rehinde sâbit olacağından müşâ' olmaz. *(Şerhu'l-Mecma')* Râhin müdde'î bulunan mürtehinin deynden hissesini te'diye ettiğinde rehni istirdâd eder. Kable't-te'diye rehn-i mezkûr telef olsa müdde'înin deynden hissesi sâkıt olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara mine'r-rehin)*

Tetimme: Rehn-i müşâ'ın fâsid veya bâtıl olması hususu, beyne'l-fukahâ muhtelefün-fîhdir. Bazı ulemâ bâtıldır demişlerdir ki, İmam Kerhî dahi bunu ihtiyar eylemiştir. Diğer fukahâ ise fâsid olduğuna kāil ve Şeyhulislam Alâaddinü'l-Esbîcâbî dahi buna zâhib olmuştur. *(Şiblî)*

İstisnâ: Zarûreten sâbit olan şuyû' ile rehin fâsid olmaz. Şöyle ki, râhin mürtehine iki roba verip de, "Bunun birisini rehin, diğerini bizâ'a olarak ahzet." demesiyle mürtehin dahi ikisini de ahzetse, iki robadan biri rehn olmağa, evlâ olmadığı cihetle rehniyyet bi'z-zarure şâyi' oldu. *(Redd-i muhtâr fîmâ yecûzü irtihânühü ve ma la yecûzü)*

Rehn-i müşâ'da hile: Rehn-i müşâ' için hile şudur: Bir kimse meselâ hânesinin nısfını müşâ'an rehn etmek istediğinde nısf-ı mezkûrü müşteri muhayyer olmak şartıyla müşâ'an irtihân etmek isteyen kimesneye bey ve teslîm ve semeni kabzettikden sonra mürtehin, yâni müşteri akd-i bey'i bi-hükmi'l-hıyar fesheder ve hâne yedinde rehin menzilinde olarak kalır. *(Ebussuud)* Bu bey Hakîkaten rehn-i sahîh olmadığı gibi rehn-i fâsid dahi değildir. Yalnız rehin menzilindedir. Şöyle ki: Müşteri semen-i mebî'i kabzedinceye kadar hâneyi yedinde habsedebileceği gibi, mezkûr hâne yedinde iken ta'ayyüb etse, ayb mikdarınca semen-i mebî' bâyi'den sâkıt olur. Nitekim mezkûr hâne yed-i müşteride telef olduğunda, kıymeti semene müsâvî olduğu takdirde semen-i mezkûr kâmilen sâkıt olacağı gibi, kıymeti, semen-i mezkûrden ekall olduğunda kıymeti miktarınca semen sâkıt olur. İşte bu ahkâmda bey-i mezkûr rehin menzilinde oldu. Fakat âtî'z-zikir mes'elede bu bey' rehnden iftirâk eder; şöyle ki: Yed-i müşteride telef olan mezkûr hânenin kıymeti semen-i mebî'den ziyâde olunca müşteri o ziyâdeyi bâyi'a zâmin olur. Halbuki yed-i mürtehinde telef olan merhûnun kıymeti deynden ziyâde olsa, mürtehin o ziyâdeyi zâmin olmaz. Meğer ki mürtehinin ta'addisiyle telef olsun. *(Redd-i muhtâr)* (741. madde şerhindeki lâhıkaya bakınız.)

5. Mes'ele; rehnin muhavvez ve müctemi' olması, ta'bîr-i vâzıhla şâğıl-i muttasıl olması vakt-i kabzda lâzımdır. Zîra bu takdirde yalnız olarak kabz-ı rehn -ki buna kabz-ı kâmil denir- mümteni'dir. *(Lisanü'l-hükkâm)* Binâenaleyh yer üzerinde sâbit ekini yersiz veya yeri, üzerindeki ekinsiz, veya ağaç üzerindeki yemişi ağaçsız, veya ağacı veya binâyı arsasız, veya ağacı üzerindeki yemişsiz rehnetmek sahîh olmaz, fâsiddir. (52. maddeye bakınız.)

Hulâsa, asl şudur: Merhûn, gayr-i merhûna muttasıl olunca rehin câiz olmaz. *(Şiblî)* Nitekim bir kimse zahr-ı ganemdeki sofu "yünü" rehn etse, fâsid olur. Kırkıp ondan sonra teslîm ile mürtehin kābız olmaz. *(Hâniyye)*

Bu mes'elede muttasıldan maksûd tabi'dir. Binâenaleyh hayvan üzerindeki eğeri yahut başındaki licâmı rehnedip de, merhûn olmayan mezkûr hayvan ile birlikte teslîm etse bile, rehin sıhhate münkalib olmaz. Lâkin mezkûr eğeri ve licâmı hayvandan nez' edip de öylece teslîm eylese rehin sıhhate münkalib olur. (24. maddeye bakınız.) *(Redd-i muhtâr ve Hâniyye)*

Bu mes'elede "şâğıl-ı muttasıl" denildi. Zîra şağıl-i munfasılın rehni câizdir. Şöyle ki, bir kimse meselâ hânesindeki rubasını rehnedip de, rubayı hâne ile birlikte teslîm etse rehin lâzım olur. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim bir kimse hayvan üzerindeki yükü âhara rehin ve mezkûr yükü hayvan ile beraber mürtehine teslîm ettiğinde, bu kerre rehin sahîh ve lâzım olur. *(Hindiyye fi'l-fasli'r-râbi' mine'l-Bâbi'l-evvel)*

Mebhas-i Sani

Rehn-i bâtıl ile rehn-i fâsidin ahkâmı beyânındadır.

6. Mes'ele; rehn-i bâtıl ile bi-izni'r-râhin kabzedilen mal yed-i mürtehin ve kābızda sırf emânettir. (771. maddenin fıkra-i sâniyesine bakınız.) Zîra bu mal, sâhibinin izniyle kabz edilmiştir.

Bu cihetle rehn-i bâtıl ile kabzedilen mal yed-i kābızda bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunda, kābız üzerine zamân lâzım gelmeyeceği gibi 741. madde şerhindeki lâhıkaya tevfîk edilip de deynin sükûtu dahi lâzım gelmez.

Yine bu cihetle rehn-i bâtılı, râhin mürtehinden istediği zemân istirdâd edebilir. (794. maddenin fıkra-i ûlâsına bakınız.) Hatta mürtehin, berâ-yı deyn onu habs ve râhin onu almak istediği halde mürtehin vermekten imtinâ' ettikden sonra telef olsa mürtehine zamân lâzım gelir. *(Camiu'l-Fusûleyn ve Redd-i muhtâr)* (701. madde ile 710. madde şerhine mürâca'at olunsun.)

7. Mes'ele; rehn-i fâsid ile kabzedilen mal, rehn-i sahîh ile kabzolunan mal gibidir. Yâni fâsiden rehin ve teslîm olunan mal yed-i mürtehinde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhıka vechile, mazmûn ve mürtehin, râhinin hayât ve mematında sâir guramâdan ehakk olduğu gibi, râhin fesâd-ı akd-i rehne binâen fesh-i akd ettiğinde, deyni îfâ etmedikçe, merhûnu mürtehinden istirdâd edemez. Nitekim rehn-i sahîh fesh olunduğunda hüküm yine böyle olduğu 718. maddede musarrahtır. *(Minah ani'l-İmâdiyye)*

Hulâsa, rehn-i fâsid rehn-i sahîh hükmündedir. Fakat şu şartla ki rehn-i fâsid, deyn üzerine sâbık olmalıdır. Amma rehn-i fâsid, deyn üzerine lâhık olur ise rehn-i sahîh hükmünde değildir. Binâenaleyh mürtehin onu istîfâ-yı deyn için habsedemez. Lâkin akd-i rehin, sahîh olunca deyn takaddüm veya ta'ahhür etsin hüküm birdir.

Rehn-i fâsidin deyn üzerine sâbık olması, râhin istikrâz edeceği bir meblağ-ı mâlûm mukābilinde bir malı bir kimseye fâsiden rehin ve teslîm etdikden sonra, o kimse, meblağ-ı mezkûrü râhine iʿta eylemesi iledir. Ve rehn-i fâsidin deyn üzerine lâhık olması, râhinin meselâ evvelâ istikrâz ve kabz eylemiş olduğu bir meblağ-ı mâlûm mukābilinde bir malı, râhinine fâsiden terhîn ve teslîm eylemesiyledir.

İmdi bâlâda dahi zikrolunduğu üzre, birinci sûretle fâsid olan rehinde rehn-i sahîh hükmü cârî ise de, ikinci sûretle fâsid olan rehinde rehn-i sahîh hükmü cârî olmamakla akd-i rehin fesh olunduğunda mürtehin alacağını istîfâ edinceye dek merhûnu habsedemeyip, râhine redde mecbûrdur. [12] Ve râhin vefât etse, mürtehin sâir guramâdan ehakk olmaz.[13]

Mebhas-i Salis

Deyn-i mevʿûd ve mechûl mukābilinde rehin hakkındadır.

Deyn-i mevʿûd mukābilinde vukûʿ bulan rehne makbûz alâ sevmi'r-rehn dahi ıtlak olunur. Yâni deyn-i mevʿûd mukābilinde rehin ile sevm-i rehin tarîkıyla makbûz-ı rehin ikisi bir şey olup, ihtilâf yalnız taʿbîrdedir. *(Dürr-i muhtâr fî evâili'r-rehin ve Ankaravî)*

8. Mes'ele; deyn-i mevʿûd mukābilinde rehin sahîh olur. Taʿbîr-i diğerle, bir kimse diğer kimesneye meselâ para ikraz edeceğini vaʿdetmekle o kimesne meblağ-ı mevʿûd mukābilinde olarak o kimseye rehin verse sahîh olur. Zîra mevʿûd bi-iʿtibâri'l-hâcet mevcûd gibi kılınmış ve binâenaleyh deyn-i mevcûd mukābilinde rehin sahîh olduğu gibi rehn-i mezkûr dahi tecvîz olunmuştur. *(Zeylaî)*

Sual: Derkde dahi maʿdûm, mevcûd gibi kılınarak derk mukābilinde dahi rehin tecvîz edilmeli, zîra hâcetde iştirâk vardır.

Cevab: Maʿdûmun mevcûd gibi kılınması maʿdûm alâ şerefi'l-vücûd olduğu sûretdedir. Deyn-i mevʿûdda olduğu gibi. Zîra insanın halinden zâhir olan vaʿdini incâz etmekdir. Derk ise böyle değildir. Çünkü âkıl olan kimse bey'-i mali'l-gayre ikdâm etmeyeceği cihetle zâhir olan mebîʿin adem-i istihkākıdır. *(İnâye)*

Deyn-i mevʿûdun hükmüne gelince mürtehin deyn-i mevʿûdu henüz râhine vermeden, rehn-i mezkûr mürtehin veya adl yedinde telef olduğunda, bakılır: Karz-ı mevʿûdun mikdarı eğer mâlûm ve rehnin yevm-i kabzdaki kıymetine müsâvî veya ondan ekall ise mürtehin, mikdar-ı mezkûrü yâni vaʿd etdiği meblağı râhine vermeğe mecbûrdur. Bu takdirde deyn-i mevʿûdun bir mikdarını verip, bir mikdarını vermekten imtinâʿ edemez. Çünkü makbûz bi-sevmi'r-rehin, makbûz bi-sevmi'ş-şirâ gibidir. Makbûz bi-sevmi'ş-şirâ yed-i müşteride telef olunca, kıymeti zâmin olduğu gibi bunda dahi mürtehine ber-vech-i mezkûr zamân lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr fî evveli'r-rehn)*

12 لانه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال

13 لانه ليس على المحل يد مستحقة بخلاف الرهن الصحيح تقدم او تأخر. در مختار قبيل الجنايات وتنقيح وانقروى وعلى افندى.

Amma tesmiye kılınan deyn çok ve rehnin kıymeti ondan az ise, mürtehin rehnin kıymetini zâmin olur; ziyâdesinden mes'ûl olmaz. Nitekim 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacaktır. *(Hâniyye)*

Ve karz-ı mev'ûdun mikdarı eğer mâlûm değil ise -mâlûm malını birkaç kuruş ödünç vermek üzre rehin gibi- bunda rivâyet muhtelifdir. Bir rivâyetde rehn-i mezkûr mazmûn değildir ki, sâhibü't-***Tenvîr*** ile şârihi esah olan rivâyet budur demişlerdir. Diğer bir rivâyetde, mürtehin, râhine dilediği mikdar şeyi ikraz etmeğe mecbûr olur. Zîra mürtehin râhinden bir mikdar şey istîfâ eylemiş olmakla, bu miktarın beyânı mürtehine âit olur. Mechûlü ikrârda olduğu gibi. (1579. maddeye bakınız.) *(Zeylaî ve Ankaravî)*

Bu vechile deyn-i mev'ûd-ı mechûle mukābil kabzolunan rehin, yed-i mürtehinde telef olunca, İmam Ebu Yusuf'dan rivâyet edildiğine göre, bâliğan-mâ-belağ rehnin kıymeti verilmek lâzım gelir. Ve İmam Muhammed'e göre mürtehin en az bir dirhem mikdarı gümüş vermesi lâzım gelir. Mürtehin ondan az vereceğim, diyemez.

Deyn-i mev'ûd mukābilinde rehin ve teslîm olunan mal, yed-i mürtehinde mevcûd ve kable'l-ikrâz telef olmamış olunca, mürtehin deyn-i mev'ûdu küllen veya ba'zan râhine vermeğe icbâr edilemez; belki râhin, merhûnu istirdâd eyler. Zîra rehin telef olmadığı sûretde mukrız karzında müteberri' olur. Müteberri' üzerine ise cebr yoktur. *(Hamevî Şerhu'l-Eşbâh fi'r-rehin ve Münyetü'l-Müftî ve Zeylaî ve Hâniyye ve Ankaravî)*

9. Mes'ele; deyn-i mev'ûd mukābilinde mürtehin, rehin aldıkdan sonra, deyn-i mev'ûd-ı mezkûrün bir miktarını i'ta ettiği halde, bâkīsini i'tâdan imtinâ' etse, mes'ele-i ânifede beyân edildiği üzre bâkīsini i'tâya mürtehin icbâr edilemez. rehn-i mezkûr, verilen mikdara mukābil merhûn olur. Yoksa deyn-i mev'ûdun cem'îsiyle değil. *(Abdülhalîm ve Hindiyye kubeyle'l-fasli's-sâlis mine'l-bâbi'l-evvel)*

10. Mes'ele; bir kimsenin diğer kimesneye bin kuruş borcu olmakla, o kimse o kimesneye "Şu rubayı alacağının bâzısı mukābilinde rehin olarak al." demesiyle, o kimesne dahi ol vechile alsa, İmam Ebu Yusuf rahimehü'llahü Te'âla'ya göre bu rehin, rehn-i mevkūf olur. Hatta o rehin yed-i mürtehinde telef olsa, mürtehin muhayyerdir: Dilerse kıymetiyle telef olmuş hükmünde tutar, dilerse deyn-i mezkûrün bazısıyla telef olmuş hükmünde kabûl eder de diğer bazısını râhinden ister. *(Hâniyye)*[14]

---

14 فصار كما لو اخذ الرهن على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك خير المرتهن بين ان يجعله من الدين او من القيمة, بزازيه فى الثالث. قال زفر رحمه الله تعالى يهلك قيمته, خانيه.

FASL-I SÂLİS

Merhûnun zevâid-i muttasılesi ve akd-i rehnden sonra vâki' olan tebdîl ve ziyâde hakkındadır.

Bu fasılda: 1- Merhûnun zevâid-i muttasılesinden (711. Madde)

2- Tebdil-i rehnden .... (712. Madde)

3- Ziyâde-i rehnden .... (713 ve 715. Madde)

4- Ziyâde-i deynden .... (714. Madde) bahsolunacaktır.

Siyâka enseb olan ünvânın şöyle olmasıdır: Akd-i rehinden sonra vâki' olan tebdîl, ziyâde ve merhûnun zevâid-i muttasîlesi hakkındadır. İşte tebdîl yalnız rehne has; ve ziyâde hem rehin, hem de deynde olur. Nitekim bu faslın mütâla'asından müstefâd olacaktır.

1- Merhûnun zevâid-i muttasılesi

711. MADDE

[**Bey'de bilâ-zikir dâhil**] olduğu 230., 231., ve 232. maddelerde mübeyyen [**olan müştemilât rehinde dahi dâhil**] ve asıl rehin ile beraber merhûn [**olduğu gibi bir arsa rehn edildikde üzerindeki bi'l-cümle eşcârîyle**] bi'l-cümle [**meyvesi ve mağrûsât ve mezrû'ât-ı sâiresi**] nin rehinde dühûlü [**sarâhaten zikir**] yâni akd-i rehinde şart [**olunmasa bile**] adem-i dühûlü zikir ve tasrîh olunmadığı halde rehinde [**dâhil olur.**] Diğer bir ta'birle merhûna ittisâl-ı karar ile muttasıl olan binâ ve şecer gibi yahut muttasıl iseler ittisâl-ı karar ile muttasıl olmayıp kal' için olanlar dahi dâhil olur. Velev ki dühûlü tasrîh edilmesin. Nitekim rehinde dühûlü tasrîh olunmasa ve cemî-i hukūk ve merâfık gibi elfâz-ı umumiyye ilâve kılınmasa bile şirb ve tarîk dâhil olur. Halbuki zer', semer bi-dûni zikir ve tasrîh-i bey'de dâhil olmaz idi. (233. maddeye bakınız.) Fark şudur ki bunlar akd-i rehinde dâhil addolunmasa ve meselâ arz rehn olunduğunda, üzerindeki zer' ile semer dâhil-i rehn i'tibâr edilmese, arzın mülk-i râhin ile meşgûliyyeti lâzım gelir. Halbuki madde-i ânife şerhinde beyân olunduğu üzre bu rehin sahîh olmayıp fâsid olacağından ve akdin fesâdından ise sıhhate hamli evlâ olduğundan akd-i rehni tashîh için adem-i dühûlü tasrîh edilmedikçe, dâhil add ve i'tibâr olundu. *(Bezzâziyye kubeyle's-sâdis)* Amma meşgûlün bey'i câiz olmakla, arzın bey'inde, bunların idhâlinde zarûret yoktur. *(Hidâye ve Hâniyye)*

Merhûna muttasıl olan müştemilât, ber-vech-i bâlâ min gayr-i zikrin, rehinde dâhil olur ise de muttasıl olmayanlar dâhil olmaz. Binâenaleyh bir hâne rehnolunduğunda, derûnundaki emtia min gayr-i zikrin rehinde dâhil olmaz. Zîra emtia-i mezkûre hiçbir vecih-

le merhûna tabi değildir. *(Hidâye)* Nitekim bey'de dahi bunlar dâhil olmayacağı 233. maddede tasrîh kılınmıştır.[15]

Binâberîn bu maddeden "Bey'de dâhil olmayan her şey rehinde dâhil olur." mânâsı anlaşılmayacağı der-kârdır.

Fakat bu maddenin hükmü, müştemilât-ı mezkûrenin rehinde dühûl ve adem-i dühûlü tasrîh edilmemek, yâni meskûtün-anh bırakılmak kaydıyla mukayyeddir. Amma meselâ bir arsa rehnedildiğinde, üzerindeki bi'l-cümle eşcâr ile meyvesi ve mağrûsât ve mezrû'ât-ı sâiresi istisnâ edilse, bu halde bunlar rehinde dâhil olmaz. (13. maddeye bakınız.) Ve bu takdirde rehin fâsid olur. Nitekim 710. madde şerhinde beyân olunmuştu.

2-Tebdîl-i Rehin

712. MADDE

[**Rehnin**] rızâ-yı tarafeyn ile [**rehn-i âhara tebdîli**], diğer bir ta'birle bir mal rehin ve teslîm edildikten sonra onu, mürtehinin rızâsıyla râhin geri alıp da yerine diğer mal rehin ve teslîm edilmek [**câizdir.**] Zîra rehnin nakza ve ikinci malın dahi rehne kābiliyyeti vardır. *(Bezzâziyye)*

Bu tebdîlde hem râhin hem de mürtehinin rızâsı şarttır. Râhinin rızâsı şart oldu. Zîra rehin, akd-i teberru' olmakla, rehn-i evvele icbâr câiz olmadığı gibi, rehn-i sâniye dahi icbâr câiz olamaz.

Mürtehinin rızâsı dahi şart oldu. Zîra rehn-i evvele hakk-ı mürtehin ta'alluk etmiş olmakla, rızâsı olmaksızın elinden alınmak mümkün olamaz. Velev ki rehn-i sâninin kıymeti rehn-i evvelden ziyâde olsun. (19. maddeye bakınız.)

Şurût-ı tebdîl - Bu tebdîl iki şartla meşrûttur:

Birincisi; rehn-i evvelîn râhine reddedilmesi,

İkincisi; mürtehinin rehn-i sâniyi kabzetmesidir.

Nitekim, *Mecelle*'nin misâl-i âtîsinde, sa'ati redd ile kılıcı alsa ta'bîriyle bu iki şarta işâret olunmuştur. Binâenaleyh rehn-i evvel mürtehinin kabzında bulundukça, rehn-i sâni kabzedilse bile rehn olmak sıfatını iktisâb etmez; emânet-i mahzâ olarak yed-i mürtehinde kalır. Zîra rehn-i evvelîn zamân-ı mürtehine dühûlü hem kabz hem de deyn ile yâni bu iki vasfın mecmû'ıyla sâbit olmakla, kabz ile deyn bâkī oldukça rehin, zamân-ı mürtehinden çıkmaz. Ve rehn-i evvel, mürtehinin zamânında oldukça yâni rehn-i evvelîn kabzı nakz

---

15 ولهذا لو باع الارض بكل قليل وكثير هو بها ومنها لايدخل المتاع فى البيع, زيلعى.

olunmadıkça rehn-i sâni mürtehinin zamânına dâhil olmaz. Çünkü râhin ile mürtehin iki malın dahi merhûn ve zamân-ı mürtehine dâhil olmasına râzî değil, yalnız birisinin merhûn olmasına râzî olmuşlardır. *(Bezzâziyye kubeyle'r-râbi' mine'r-rehin)*[16]

Bu cihetle rehn-i evvel yed-i mürtehinde telef olsa, rehn-i mezkûr henüz rehniyyetten kurtulmadığından 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı üzre deyn sâkıt olur. Mürtehin, rehn-i sânide emîn olduğundan rehn-i sâni telef olsa, emâneten telef olarak deynden bir şey sâkıt olmaz. (771. maddeye bakınız.)

Yine bu cihetle, meselâ rehin hınta (buğday) iken bedeline rehn olmak üzre arpa i'ta ve teslîm edilip de mürtehin hıntanın yalnız nısfını ba'de'r-redd mütebâkī hınta ile arpa yedinde telef olsa, hınta hissesince deynin nısfı sâkıt ve arpanın telefi meccanen vâki' olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

Fakat iki malın ikisi de yed-i mürtehinde ictimâ' ettikden sonra rehn-i evvel râhine redd olunduğunda, rehn-i sâni rehn olmak sıfatını iktisâb eder. Ancak bir kavle göre rehn-i sânide tecdid-i kabz şarttır. Zîra mürtehinin rehn-i sâni üzerinde yedi, yed-i emânet-i mahza ve yed-i rehin ise yed-i istîfâ ve zamân olmakla yed-i emânet-i mahza yed-i istîfâ ve yed-i zamân makāmına kāim olmaz. Nitekim 262. madde şerhinde beyân olunmuş idi. Kādıhan'a göre muhtâr olan da budur.[17] Amma diğer kavle göre tecdid-i kabz şart değildir. Zîra rehin, hîbe gibi teberru' ve Aynî emânet olup mazmûn olan ancak merhûnun mâliyetidir ki bu halde bir kabz-ı emânet diğer kabz-ı emânet makāmına kāim olur. *(Ebussuud ve Dürer)*

[**Meselâ bir kimse şu kadar kuruş deyni mukābilinde**] dâyinine [**bir sa'at rehin**] ve teslîm [**ettikden sonra bir kılıç getirip de sa'atin yerine bunu al dese ve mürtehin dahi sa'ati**] râhine [**redd ile kılıcı alsa**] ve kabzetse [**o meblağ mukābilinde kılıç merhûn**] ve sa'at rehniyyetden çıkmış [**olur.**] Binâberîn bundan sonra tarafeynden yalnız birisi bilâ rızâ'l-âhar o sa'ati rehniyyete iâde edemeyeceği gibi, kılıç telef olduğunda, ol miktar deyn sâkıt olur.

Şöyle ki deyn bin kuruş olup da, sa'atin kıymeti bin kuruş iken, kılıcın kıymeti beş yüz kuruş olsa da kılıç yed-i mürtehinde telef olsa, deynden yalnız beş yüz kuruş sâkıt olur. Bilâkis sa'atin kıymeti beş yüz kuruş iken, kılıcın kıymeti bin kuruş olsa da kılıç yed-i mürtehinde telef olsa, deyn kâmilen sâkıt olur. (741. madde şerhindeki lâhıkaya bakınız.) *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

3- Ziyâde-i rehin

Ziyâde, kasdiyye ve zımniyye olmak üzre iki kısma ayrılır.

16 Lâkin Hâniyye'de rehn-i sâni kabzedildiğinde rehn-i evvel redd ve iâde edilmeden dahi rehn-i sâni merhûn olup rehn-i evvel emânet-i mahza kalacağı mezkûrdür. Fakat *Mecelle* bu kavli kabûl etmiyor.

17 Diğer sahifedeki hamişte muharrer nakle göre Kādıhan buna kā'il olmamak lâzım gelir.

Ziyâde-i zımniyyenin taksîmat ve ahkâmı 715. maddenin evâilinde beyân olunur.

Kısm-ı Evvel- Ziyâde-i kasdiyye

713. MADDE

[**Ba'de'l-akd** diğer bir ta'birle, akd-i rehin îcâb ve kabûl ile icrâ ve kabz-ı merhûn ile itmâm edildikten sonra akd-i mezkûr bâkī olduğu halde: l- [**râhinin**], 2- kefilin ve 3- ecnebinin [**merhûnu tezyîdi câizdir**.] Zîra rehin tezyîd olunduğunda şuyû' deynde hâsıl olur. Şöyle ki, ziyâde olunan rehin bazı deyn mukābilinde merhûn olur. Halbuki deynde şuyû', sıhhat-i rehni ihlâl eylemez. Bu cihetle bazı deyn mukābilinde rehin câizdir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Ve bu ziyâde asl-ı akde mültehak olarak deyn, rehn-i aslın hükm-i akitden dolayı kabz günündeki kıymetiyle, rehn-i ziyâdenin kezâlik hükm-i rehnden dolayı kabz günündeki kıymetine taksîm olunur.

"Ba'de'l-akd" deniliyor. Kable'l-akd dahi tezyîd câiz ise de, bu muâmeleye tezyîd-i merhûn ıtlak olunmaz. Meselâ bir kimsenin diğer kimesneye bin kuruş borcu bulunmakla, o kimse dâyinine meblağ-ı mezkûre mukābil bir sa'at rehin vermek istediğinde, dâyin bu sa'at gayr-i kâfi olmakla bir şey daha ziyâde et demesiyle medyûn dahi bir de kitâb ziyâde ederek sa'at ile kitâbı meblağ-ı mezkûre mukābil rehin ve teslîm etse sahîh olur ise de, bu muâmelede kitâb ile merhûn tezyîd edilmiş olmaz. Çünkü sa'at henüz kabzedilmemekle, merhûniyyet sıfatını iktisâb eylememiştir.

1- Râhinin tezyîdinin îzâhı:

[**Yâni**] râhin bir hak mukābilinde [**bir şeyi rehin**] ve teslîm [**eyledikten sonra henüz akd**-i rehin [**bâkī iken ona**] -o şeye- [**diğer bir malı dahi rehn olarak ilave etmesi sahîh**] ve asl-ı rehinde olduğu gibi mürtehinin bu ilâveyi dahi kabzetmesiyle ilave-i rehin tamam [**olur.**] (706. maddenin fıkra-i istisnâiyyesine bakınız.) Rehn-i evvelîn kıymeti deynden gerek ziyâde, gerek nâkıs ve deyne gerek müsâvî olsun; ahvâl-i selase-i mezkûrenin cümlesinden ziyâde-i rehin sahîhdir. (64. maddeye bakınız.) Çünkü 399., 400. ve 401. maddelerden müstefâd olduğu üzre, rehnin kıymeti deyne müsâvî, ziyâde veya noksan da olabilir.

[**ve bu ziyâde**]-i rehn [**asl-ı akd**]-i rehn [**e mültehak olur. Yâni asl-ı akd gûya bu iki mal üzerine varid olmuş olur ve**] binâenaleyh [**bu iki malın mecmû'u hıyn-i ziyâde**]-i rehin [**de kāim olan**] mecmû'-ı deyn ise, mecmû'-ı [**deyne**] ve bir mikdar ise yalnız bâkīnin mecmû'ına mukābil [**merhûn**] ve deyn-i mezkûr asl-ı merhûn ile ziyâdenin yevm-i kabzlarındaki kıymetleri nisbetinde 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile münkasem ve ona göre mazmûn [**olur.**] Yâni asl-ı rehnin yevm-i kabzındaki kıymeti mu'teber olduğu gibi, ziyâdenin dahi yevm-i kabzındaki kıymeti mu'teber olur. *(Hidâye)* Zîra bunların her biri zamân-ı mürtehine yevm-i kabzlarında dâhil olmuşdur. *(Şerhu'l-Mecma')*

Meselâ bir kimse, bin kuruş borcu mukābilinde bin kuruşluk bir malını rehin ve teslîm ettikden sonra, bin kuruş kıymetli başka bir malını ilave-i rehn olmak üzre i'ta ve teslîm edip de, ba'dehü mezkûr iki rehinden yalnız biri telef olsa, deynin yalnız nısfı sâkıt ve rehn-i hâlikin nısfı, emâneten telef olur. Halbuki ilâve-i rehn edilmemiş olsa idi, deynin küllîsi sâkıt olurdu. Ve deynin nısfının edâsiyle rehnin nısfının, yâni ne asl-ı rehnin ne de ziyâdenin râhine iâdesi lâzım gelir; küll-i deyn edâ olunmadıkça râhin hiçbir miktarını istirdâd edemez. (731. maddeye bakınız.)

Nitekim bir kimse bin kuruş borcu mukābilinde bin kuruş kıymetli bir malı rehn ettikden sonra, beş yüz kuruş kıymetli bir malı daha meblağ-ı mezkûre mukābil rehin verse de ba'dehü ziyâde telef olsa, deynin yalnız sülüsü sâkıt olacağı gibi asl-ı rehin telef olsa, deynin yalnız sülüsânı sâkıt olur. *(Molla Miskin Şerhu'l-kenz)* Halbuki muahharen ziyâde-i rehn edilmemiş olsa idi rehn-i evvelîn helâkiyle cümle deyn sâkıt olacak idi.

Mecelle'de "hîn-i ziyâdede kāim olan .....ilâ âhirihi" denilmesiyle asl-ı rehin ile ziyâde-i rehin arasındaki farka işâret olunuyor. Şöyle ki bu ziyâde, deyn-i sâkıt ve müstevfî mukābilinde merhûn olmayıp, amma asl-ı rehin buna yâni deyn-i sâkıt ve müstevfâya mukābil dahi merhûndur.

Meselâ evvelki deynden bir miktarı evvelki rehinden sonra îfâ edilmiş ve ziyâde-i rehn bu îfâdan sonra vâki' olmuş ise, bu ziyâde-i rehn, miktar-ı müstevfâya mukābil rehn olmaz. Yalnız bâkī miktara mukābil rehn olur. Zîra rehin îfâ olup, halbuki sâkıtın ve müstevfânın îfâsı tasavvur olunmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Lâkin asl-ı rehin, mikdar-ı müstevfâya mukābil dahi rehin olarak kaldığı, 731. madde şerhinde beyân olunur.

Meselâ bir kimse bin kuruş deyni mukābilinde bin kuruşluk kitâbını rehin ve teslîm ettikden sonra, beş yüz kuruşunu ba'de'l-edâ bin kuruşluk bir sa'atini dahi ilâve-i rehn olmak üzre i'ta ve teslîm etse, sa'at ancak mütebâkī beş kuruşa mukābil kitâb ile beraber merhûn olup amma kitâb ke'l-evvel bin kuruşa dahi mukābil merhûn olarak kalır. Bu sûretde sa'at telef olsa iki yüz elli kuruş sâkıt olur. Amma kitâb telef olsa yedi yüz elli kuruş sâkıt olur idi. İkisi ma'an veya müteâkiben telef olsa mürtehinin râhine beş yüz kuruşu reddeylemesi lâzım gelir.

2- Kefilin tezyîd-i rehn etmesinin îzâhı:

Ziyâde-i rehin bu maddede zirolunduğu üzre medyûn tarafından olabileceği gibi kefili canibinden dahi olabilir. Şöyle ki bir kimse medyûndan rehin aldığı gibi, kefilinden dahi rehin alsa ve ziyâde-i rehin hükmünde olarak bunda dahi tafsîlât-ı sâlifenin hükmü cârî olur. Gerek evvelâ medyûn ve sonra kefil rehin versin ve gerek bil'akis evvelâ kefil ve sonra medyûn rehin versin ve râhin-i sâni rehn-i evvelden gerek haberdar olsun ve gerek ol-

masın. Zîra medyûn ile kefilden her biri 644. madde hükmünce cemî'-i deyn ile mutaleb olup bu cihetle rehn-i sâni ziyâde fi'r-rehin kalır. Bu iki rehnden hangisi telef olsa ikisinin kıymetleri nisbetinde deyn sâkıt olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*[18]

3-Ecnebinin tezyîd-i rehn etmesinin îzâhı:

Tezyîd-i merhûn ecnebi tarafından dahi olur. Meselâ bir kimse bin kuruş kıymetli bir malı rehin ve teslîm ettikden sonra, ecnebî bir kimesne o kimsenin emri olmaksızın bin kuruş kıymetli bir malını meblağ-ı mezkûr mukābilinde rehin ve teslîm etse, câiz olur.

Binâenaleyh, nısf-ı deyn te'diye edilmesiyle mezkûr iki rehinden biri fekk edilmeyeceği gibi, mezkûr iki rehinden herhangisi mürtehin yedinde telef olsa, 741. madde şerhindeki lâhıka vechile nısf-ı deyn sâkıt olur.[19]

Nitekim bir ecnebî bir malı bilâ-emr bir mal mukābilinde rehin ve teslîm ettikden sonra diğer bir ecnebî dahi kezâlik bilâ-emir o deyn mukābilinde bir malı rehin ve teslîm edebilir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

Bu tafsîlâtdan anlaşıldı ki metn-i *Mecelle*'deki "râhinin" kaydı gayr-i ihtirazi ve râhinin gayri olan kefil ve ecnebî canibinden dahi tezyîd-i rehin câizdir.

4- Ziyâde-i Deyn:

714. MADDE

Akd-i rehinden sonra mürtehinin rehn-i sâbıka mukābil olarak deyni tezyîd etmesi câizdir. Ta'bîr-i diğerle [**Bir deyn mukābilinde bir mal rehnedildikde, yine ol rehne**] yâni mal-ı mezkûre [**mukābil olmak üzre**] mürtehin bulunan dâyin tarafından [**deynin tezyîd-i sahîh**] ve mezkûr mal o iki deyn mukābilinde merhûn [**olur.**] Zîra madde-i ânife vechile ziyâde fi'r-rehne hâcet messettiği gibi ziyâde fi'd-deyne dahi hâcet mess eder. Şöyle ki rehnin maliyyetinde deynden ziyâdelik olup da râhin başka paraya muhtâc olunca, rehn-i mezkûrü bu ikinci defa aldığı paraya mukābil olarak dahi rehn edebilir. *(Kîfâye kubeyle'l-cinâyât)*

Yine "ol rehne mukābil olmak üzre" denilmesi ihtirazîdir. Zîra âtîde zikrolunacak ihtilâfa mahal bu cihet olduğu gibi, mevzûbahs dahi bu olup, yoksa bir deyne mukābil bir mal

---

18 ولو كان على الرجل دين وبه كفيل فأخذ الطالب من الاصيل رهنا ومن الكفيل رهنا ايضا وبكل واحد من الرهنين وفاء بالدين فهلك احدهما قال ابو يوسف رحمه الله تعالى ان علم الثانى برهن الاول حين رهن يهلك الثانى بنصف الدين وان لم يعلم هلك بالجميع وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى هلك الثانى يهلك بنصف الدين ولم يشترط العلم, خانيه.

19 واذا رهن المديون بالدين متاعا وتبرع اجنبى فرهن به متاعا آخر فان هلك رهن المديون يهلك بجميع الدين وان هلك رهن الاجنبى يهلك بنصف المال, خانيه.

rehnolunup da yine o rehne mukābil olmayarak, yâni ale'l-ıtlak ziyâde-i deyn bi'l-ittîfâk sahîhdir. Çünkü, istikrâz ba'de'l-istikrâz yâni evvelâ bir defa bir kimseden ödünç aldıktan sonra onu henüz edâ etmeden yine o kimseden başkaca ödünç almak bi'l-ittîfâk sahîhdir. Bu sûretde *Mecelle*'nin âtî'l-beyân misâlinde sa'ati rehnettikden sonra, "mezkûr sa'at bu iki deyn mukābilinde merhûn olsun" gibi bir şey söylemeyerek beş yüz kuruş daha alsa bu istikrâz bi'l-icmâ' sahîh olup, fakat sa'at bu beş yüz kuruşa mukābil bi'l-ittîfâk merhûn olmaz.

Bu madde İmam Ebû Yusuf rahimahü'llahü Te'âlâ'nın mezhebidir. İmam müşârunileyhin bunun cevâzında delili şudur: Rehinde deyn, bey'deki semen ve rehin dahi müsemmen gibi olup 254. ve 255. maddeler ahkâmınca semen ve müsemmende tezyîd câiz olduğu gibi, deyn ve rehinde dahi tezyîd câizdir. Ve bir de müşâ'run-ileyh, tezyîd-i deyni tezyîd-i rehne kıyâs etmiştir. *(Şerhu'l-Mecma' ve Ebussuud)* Amma İmam-ı Azam ile İmam Muhammed rahimehümâ'llahü Teâlâ'ya göre tezyîd-i deyn câiz değildir. Diğer bir ta'birle, bir deyn mukābilinde bir mal rehin ve teslîm olunduktan sonra, yine o rehne mukābil olarak deyni ziyâde etmek câiz ve ziyâde kılınan deyne rehn-i sâbık mukābil olmaz. Çünkü, ziyâde fi'd-deyn rehinde şuyû'ı îcâb eder. Şu sebeple ki merhûnun bazısı deyn-i evvele ve bazısı deyn-i sâniye mukābil merhûn olması lâzım gelir. Bu ise muşrû' değildir. Amma ziyâde fi'r-rehin, deynde şuyû'ı müstelzim olup, bu ise sıhhat-i rehne mani olmaz. Görülmez mi ki; bir kimsenin diğer kimesneye bin kuruş borcu olup da bunun beş yüz kuruşuna mukābil rehin verse câiz olur. Bunda ise deynde şuyû' vardır. *(Hidâye ve Ebussuud)*

[**Meselâ bir kimse**] diğer kimesneye olan [**bin kuruş deyni mukābilinde,**] o kimesneye [**iki bin guruşluk bir sa'at rehin**] ve teslîm [**ettikden sonra, yine ol rehne**] -sa'ate- [**mukābil olmak üzre, dâyin**] olan o kimesne [**den beş yüz kuruş daha**] ödünç [**alsa, ol sa'at bin beş yüz guruşa mukābil rehn olmuş olur**] hatta mezkûr sa'at telef olsa, 741. madde şerhi lâhıkasında beyân olunacağı üzre, iki deyn dahi sâkıt olur.

Ve râhin, deyn-i evvel olan bin kuruşu te'diye etse bile, deyn-i sâni bulunan beş yüz kuruşu dahi kâmilen te'diye etmeden rehni istirdâd edemez.

Amma İmam-ı Azam ve Muhammed'e göre, mezkûr sa'at muahharan ziyâde kılınan beş yüz kuruş deyne mukābil merhûn olmayacağından, râhin bin kuruşu îfâ ettiğinde sa'ati istirdâd edebilip, mürtehin bâkī beş yüz kuruşa makābil sa'ati imsâk edemez. *(Hidâye ve İnâye)*

Ta'mîmü'd-deyn: Bu maddede deyn mutlak olarak zikrolunmasından müstefâd olur ki, ziyâde-i deynin sıhhatinde muahharan ziyâde kılınan deyn, mezîdün-aleyh, yâni evvelce râhin zimmetinde sâbit bulunan deyn nevinden olmak şart değildir. Binâenaleyh mezîdün-aleyh karz iken, ziyâdenin dahi karz olması câiz olduğu gibi, mezîdün-aleyh karz

olduğu halde ziyâdenin semen-i mebî‘ veya bedel-i icâre veya bilakis olması dahi câizdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sabî‘ mine'r-rehin)*

Ta‘mîmü'r-rehn: 399., 400. ve 401. maddelerden anlaşıldığı üzre rehnin kıymeti deyne müsâvî ve ondan nâkıs veya ziyâde olması câiz olduğu gibi, ziyâde-i deynde dahi rehnin kıymeti asıl deynden ziyâde olması şart değildir. Binâenaleyh *Mecelle*'nin misâlinde rehnin kıymeti ziyâde olmak üzre gösterilmesi kayd-ı ihtirazi değil, hükm-i ekserîyi beyândır. Zîra dâyinin tezyîd-i deyn etmesi ve mürtehinin dahi buna muvâfakat eylemesi, ekserîya rehnin kıymeti evvelki deynden ziyâde olması takdirinde olur.

Bu maddede "mal" denilmesi müstağıllat-ı vakfiyye ile arazî-i emîriyyeden ihtirâz içindir. Zîra bir kimse diğer kimesneye olan şu kadar kuruş borcuna mukābil, müstağıllat-ı vakfiyye veya arazî-i emîriyyesini izn-i mütevellî ve sâhib-i arzla vefâ'en ferâğ ettikden sonra, yine o mefrûğa mukābil olmak üzre deynin beynlerinde tezyîd-i sahîh olmaz; bu ziyâde-i deyn için dahi izn-i mütevellî ve izn-i sâhib-i arzla müceddeden vefâ-i ferâğı şarttır. Hatta bilâ-izni'l-mütevellî ve bilâ-izn-i sâhibi'l-arz, vefâ'en ve mefrûğ mukābilinde tezyîd-i deyn eylediğinde, bu ziyâde mukābilinde o akār vefâ'en mefrûğ addolunamaz.

Kısm-ı sâni: Ziyâde-i zımniyye

Ziyâde-i zımniyye, rehinden mütevellîd olup olmamak i‘tibâriyle ikiye ve rehne muttasıl bulunup bulunmamak i‘tibâriyle dahi ikiye ayrılır ki min haysü'l-mecmû‘ dört nev‘ husûle gelir.

1. Nev‘: Ziyâde-i muttasıle-i mütevellîdedir. Ziyâde-i muttasıle-i mütevellîde büyümek ve semen gibi şeyler olup, bu ziyâde asl-ı rehn hükmündedir. *(Ebussuud)*

2. Nev‘: Ziyâde-i muttasıle-i gayr-i mütevellîdedir. Ziyâde-i muttasıle-i gayr-i mütevellîde, asl-ı rehin ile merhûn olmaz. Şöyle ki: Râhin mülk arsasını mürtehine rehin ve teslîm ettikden sonra, mezkûr arsa üzerine mürtehinin izniyle veya onun izni olmaksızın binâ inşa etse, işbu binâ, arsa gibi bi-dûn-i akid müstakil merhûn olmaz. Ve lede'l-îcab, merhûn arsa berâ-yı deyn, âhara satıldığında, binânın kal‘ ve ref‘ edilmesi lâzım gelir.

3. Nev‘: Ziyâde-i munfasıle-i gayr-i mütevellîdedir. Ziyâde-i munfasıle-i gayr-i mütevellîde, merhûn olan akār ve hayvanın ücretleri ve bedel-i menfa‘at merhûn gibi şeyler olup, bu ziyâde asl-ı rehin ile beraber merhûn olmaz. *(Dürer, Bezzâziyye ve Şerhu'l-Mecma‘)*

4. Nev‘: Ziyâde-i munfasıle-i mütevellîdedir ki madde-i âtiyede mezkûrdür.

715. MADDE

[**Merhûndan mütevvelîd ziyâde**] 49. maddeye mebnî râhinin mülkü olduğu gibi, 47. madde mûcibince, rehinde dâhil olmakla, [**asl-ı merhûn ile beraber merhûn olur.**] Zîra bu ziyâde merhûna tâbi' olup, merhûnda ise rehniyyet-i hak lâzım olmakla, rehniyyet bu ziyâdeye dahi sirâyet eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis ve Dürer)*[20]

Nitekim erş -cerhin diyeti- gibi gayr-i merhûnun eczasından bir cüzünün bedeli bulunan şeye dahi hükm-i rehin verilir. Ancak bu nev' nemânın rehin hükmünde olmasının mânâsı, asl-ı rehin habsolunduğu gibi bu nev' nema dahi habsolunur demektir. *(Hindiyye)* Mezkûr ziyâde gerek mürtehin yedinde ve gerek merhûn 748. ve 749. maddeler vechile âhara veya râhine i'âre edilip de onların yedlerinde hâsıl olsun.

Bu cihetle 741. maddede beyân olunduğu üzre, asıl rehni râhin veya mürtehinden biri, diğerinin izni olmaksızın istihlâk edemeyeceği gibi bu ziyedeyi dahi istihlâk edemez. Lâkin 759. maddede beyân olunduğu üzre, mürtehin ba'zan bunları bey' edebilir.

Nitekim ecnebî dahi bunları istihlâk edemez. Kim istihlâk ederse zâmin ve bedel-i zamân ziyâde-i mezkûre makāmına kāim olarak merhûn olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Meselâ râhinin ibâha ve ihlâli bulunmaksızın mürtehin meselâ merhûn bağın mahsulünü ahz ve istihlâk etse, râhin, veya ba'de vefâtihi vârisi mürtehine tazmîn ettirir. *(Fetâvâ-yı Cedîde)*

Yine bu cihetle, mürtehin istîfâ-yı deyn edinceye değin 729. madde mûcibince asl-ı rehni habs edebileceği gibi, bu nev' ziyâdeyi dahi habseyler. *(Kîfâye)*

Yine bu cihetle mürtehin 722. madde vechile rehni hıfz edeceği gibi bu ziyâdeyi dahi hıfz eyler. Hatta mezkûr ziyâde merhûn olan bağın üzümü gibi şeyler olunca, mürtehin meselâ üzümü bağdan mu'tâd vechile toplayabilir. Bu bâbda hâkimin izni lâzım değildir. Zîra üzüm toplamak hıfzdır. (751. madde şerhine bakınız.) *(Tenkīh)* Fakat toplarken mu'tadı tecâvüzle bağa noksanlık ârız olsa o nisbette deyn sâkıt olur. (741. maddeye bakınız.)

Ziyâde-i kasdiyye ile ziyâde-i zımniyye beynindeki fark:

Ziyâde-i kasdiyye -ki 713. maddede mevzûbahs edilir- ile bu maddede beyân olunan ziyâde-i zımniyye beyninde fark vardır. Şöyle ki ziyâde-i zımniyye mürtehin yedinde telef olduğunda deynden bir şey sâkıt olmaz. Zîra bu ziyâde vakt-i akitde tahte'l-akd maksûden dâhil olmaz. *(Hidâye)* Yâni bu ziyâde, rehinde tebe'an dâhil olup, tâbi'in ise aslın mukābili olan şeyden hissesi olamaz. (48. madde ile şerhine bakınız.) Gerek asl-ı rehin ile ma'an ve gerek asl-ı rehin bâkī olup da yalnız zevâid-i mezkûre telef olsun. Bu sûretde asl-ı rehin, dey-

---

20 وقال الشافعى لا يتعدى لان تعين عين الرهن للبيع لايستدعى تعيين عين اخر, شرح المجمع.

nin tamamına mukābil olarak merhûn kalır. Halbuki 713. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre ziyâde-i kasdiyye telef olduğunda, ona isâbet eden deyn sâkıt olur.

Amma aksi halinde, yâni ziyâde-i zımniyye bâkī iken asl-ı rehin âfet ile telef olduğunda o ziyâde deynden hissesiyle fekk edilir. Şöyle ki deyn, asl-ı rehnin yevm-i kabzındaki kıymetiyle ziyâdenin yevm-i fekkdeki kıymetine taksim olunur. Zîra rehin kabzıyla mazmûn olduğu gibi ziyâde-i zımniyye dahi vakt-i fikâke kadar bâkī olunca, fikâk[21] ile mazmûn olur. *(Ebussuud)* Bu halde deynden asl-ı rehni isâbet eden miktar sâkıt olacağından, ziyâde-i zımniyyeye isâbet eden deyn îfâ olunarak, o ziyâdenin fekk edilmesi lâzım gelir. Râhin o miktar deyni îfâ etmeden ziyâde-i mezkûreyi dâyinden alamaz. Çünkü bu takdirde ziyâde-i zımniyye fekk ile maksûd olur. Halbuki tâbi' olan şey maksûd olunca, aslın mukābili olan şeyden tâbi'in dahi hissesi bulunur. Mebî' kısrağın yavrusu gibi ki, kable'l-kabz semenden hissesi olmayıp amma kabz ile maksûd olunca, onun da semenden hissesi olacağından; hatta yavru telef oldukdan sonra bey' ikāle olunsa, semen, kısrak ile yavrunun kıymetlerine taksîm olunarak yavruya isâbet eden semen bâyi'den sâkıt olur. Kısrağa isâbet eden semeni bâyi' müşteriye reddederek kısrağı istirdâd eyler. *(Ebussuud)* Halbuki ziyâde-i kasdiyyenin cümle deyn ile fekk edilmesi lâzım gelir.

Meselâ merhûn kısrağın kıymeti bin kuruş olduğu gibi, ondan mütevellîd yavrunun kıymeti dahi bin kuruş olunca, deyn münâsafeten bu ikisine inkısam eder. 713. maddedeki ziyâde-i kasdiyyede dahi hüküm böyle olmakla, bu hükümde iki ziyâde beyninde fark yoktur. Fakat asıl hayvan yâni kısrak bâkī olduğu halde yavru telef olsa, meccanen telef olup, deynden bir şey sâkıt olmaz; ve kısrak bundan sonra küll-i deyn mukābilinde merhûn kalır. Halbuki 713. maddedeki ziyâdede hüküm böyle değil idi. Evvelen kısrak, sâniyen yavru telef olduğunda, yine yavru meccânen telef olup, deyn kâmilen kısrağın telefiyle sâkıt olur. Halbuki ziyâde-i kasdiyyede hüküm böyle değil idi. Amma evvelâ kısrak telef olduğu halde yavru bâkī olduğunda bu yavrunun yevm-i fekkdeki kıymeti bin kuruş olunca nısf-ı deynin te'diyesiyle yavru fekk olunur. *(Zeylaî)*

Nitekim o ziyâdeyi, mürtehin, râhinin izniyle istihlâk ettikden sonra, asıl rehin telef olduğunda, o ziyâdenin deynden hissesi olur. Şöyle ki deyn, mürtehinin itlâf ettiği ziyâdenin kıymetiyle aslın kıymetine taksîm olunarak, asla isâbet eden sâkıt olup, ziyâdeye isâbet edeni mürtehin râhinden ahz eder. Zîra o ziyâde taslît-i râhinle telef olmakla gûya, râhin onu mürtehinden bi'l-ahz kendisi itlâf eylemiş olur. Nitekim bu mes'ele 750. madde şerhinde îzâh olunur. *(Şerhu'l-Mecma' ani'l-Muhît ve Ebussuud)*

Aslın veya ziyâdenin tenâkus veya tezâyüd kıymeti halinde ahkâm:

---

21 El-fikâk, bi'l-fethi ve'l-kesr, halas ve fedâ ki; bir nesne mukābelesinde verilir. Yükālü fikâkü'r-rühûn mâ yüftekkü bih.

Asıl ve ziyâdeden biri telef olmayıp, lâkin, aslın yâni misâl-i mezkûrde kısrağın kıymeti terâcu' "tenezzül"-i si'rile beş yüz kuruşa inse, yahut kıymeti tezâyüd edip iki bin kuruşa çıksa, deyn yine kema-kân münâsafeten münkasem olur; evvelki halinden tagayyür eylemez. Lâkin kısrağın kıymeti alâ hâlihi bin kuruş olup fakat yavrunun kıymeti tenâkus etse yâni meselâ beş yüz kuruşa inse, deyn bunların kıymetlerine islâsen münkasem olur; sülüsânı kısrağa ve sülüsü dahi yavruya isâbet eder.

Nitekim yavrunun kıymeti tezâyüdle iki bin kuruş olsa, deynin sülüsânı yavruya ve sülüsü kısrağa münkasem olacağından kısrak telef olup yavru bâkī kalsa yavrunun hissesine deynin sülüsânı isâbet eyler. ***(Şerhu'l-Mecma' ani'l-Muhît)***

BÂB-I SÂNÎ

Râhin ve mürtehine müteʻallik bazı mesâil beyânındadır.

Gerek bu bâb-ı sâninin ve gerek bâb-ı sâlisin hulâsaları ber-vech-i âtî burada dercolunur.

Hulâsa-i Bâb-ı Sânî ve Sâlis

Râhin, Mürtehin ve Merhûna dâir bazı mesâil.

1- Râhin:

Rehin, râhine nisbetle akd-i lâzımdır. Binâenaleyh bunda râhin için hıyâr-ı şart câizdir. Müddet-i hıyârda rehin yed-i mürtehinde mevkūf olup telefi halinde mürtehin deyn ve kıymetden hangisi dûn ise onu zâmin olur.

2- Mürtehnin:

Rehin, mürtehine nisbeten akd-i lâzım değildir. Kendi kendine akdi feshedebilir. Mücerredd fesh rehni ibtâl etmez. Zîra kabz ile deyn maʻan bâkī oldukça, rehin dâima mazmûn olur.

Râhin bir ve mürtehin iki kişi olabilir. (2 şartla)

1- Akdin vâhid olması,

2- Tebʻîza nass edilmemesi.

Fakat bu feshin, rehinde hakk-ı imsâki iskāt etmesi için:

Evvelen; rehnin râhine reddi,

Sâniyen; deynin te'diyesi

Sâlisen; mürtehinin râhini ibrâsı

Râbiʻan; deynin râhine hîbesi lâzım gelir.

Kezâlik akdin vâhid olması şartiyle dahi râhin iki ve mürtehin bir olabilir.

3- Merhûn:

1- Merhûn râhinin malı olur.

Mürtehin rehni bizzat hıfzeder, yahut emînine hıfzettirir. Ve bu sûrette telef olsa 91. maddeye mebnî zamân lâzım gelmez. Müstevda'a zamânı îcâb eden fi'il, mürtehine zamân-ı gasbı îcâb eder. Ba'de'l-muhâlefet vifâka avdetiyle mürtehin zamân-ı gasbdan berî olur. Bu, icâre gibi değildir. (İcarede mûcir kendi namına isti'mal eder. Fakat mürtehin râhin namına hıfz ediyor.) Rehnin muhafaza ücreti mürtehine aiddir. Bilâ-hükmi'l-hâkim ve bilâ-emir sarf etse müteberri' olur. (İstisnâ: Beldede kadı bulunmaz ise) Rehnin bekāsı ve islahı için olan masraf râhine aiddir. Bilâ-hükmi'l-hâkim ve bilâ-emr sarf etse müteberri'dir. Râhin mesârif-i mezkûreyi nemâ-i rehinden sarf edemez.

2- Merhûn mal-ı müste'âr olur.

Rehn-i müste'âr câiz ve riâyetden farklıdır.

Mal sâhibinin izni mutlak ise: Müste'îr onu her vechile rehneder. (64. Madde) Kayd-ı rehinde ihtilâf olunsa söz mu'îrindir. Mukayyed ise: Kayd ve şarta riâyet lâzımdır. Riâyet etmez ise müsta'îr gāsıb, ve mürtehin gāsıbü'l-gāsıb ve telefi takdirinde, rehn-i müste'ârın tamam-ı kıymetini zāmin olur; yalnız mikdar-ı deyni değil.

Rehn-i müste'ârda takyîd beş sûretle olur.

1- Mikdar-ı deyn,

2- Cinsi deyn,

3- Mekân-ı rehin,

4- Tâyin-i mürtehin.

Bu şerâitin fâidesi mu'îre aiddir. Bu kayda mürtehin muhâlefet edemez. Eder ise gāsıb olur. Yalnız bu sûretde muhâlefet câizdir.

5- Tevkīt.

Bu şartın fâidesi müste'îre aiddir. Çünkü kable hıtâmi'l-müddet, mu'îr âriyyeti taleb edemez.

716. MADDE

Rehin, mürtehine nisbeten akdi lâzım değildir. (114. madde şerhine bakınız.) Çünkü rehindeki hakk-ı habs 729. maddede tasrîh edildiği üzre yalnız mürtehine aid olmakla, mürtehin yalnız başına mezkûr hakkından vazgeçebilir. Bu zabıta üzerine müteferri' mesâil:

Evvelen, [**mürtehin hod-be-hod**] dilediği vâki't sarâhaten yahut zımnen [**akd-i rehni**] küllîyyen veya kısmen [**fesh**] ile rehni râhine iâde [**edebilir**]. Bu madde vechile mürtehin akd-i rehni fesh ettiğinde 718. maddenin fıkra-i sâniyesi hükmü cârî olacağına şüphe yoktur.

Sarâhaten fesh bu maddede beyân olunmaktadır. Zımnen fesha gelince 818. madde şerhinde tafsîl olunur

Temamiyyet-i feshin şartı: Bu fesh tamam ve rehniyyet bâtıl olmak için merhûnun alâ vechi'l-fesh râhine iâdesi şarttır. *(Hidâye)* Binâenaleyh akd-i rehin fesh olunduktan sonra, merhûn râhine iâde olunmadan o merhûn yed-i mürtehinde telef olduğunda, deynin sükūtunu îcâb eder. Çünkü mücerredd fesh-i akd ile rehin bâtıl olmaz; belki rehindeki kabz ile deyn ma'an bâkī oldukça, ba'de'l-fesh dahi rehin mazmûn olarak kalır. *(Hâniyye)* Amma kabz veya deynden biri fevt olduğunda, yâni meselâ rehin râhine redd ve iâde edildiğinde, yahut mürtehin alacağından râhini ibrâ ettiğinde artık merhûn rehin olarak kalmaz; zamân sâkıt olur. Zîra kā'idedir ki bir illet iki sıfat sâhibi olunca o iki vasıftan birisinin in'idamiyle o illet dahi mün'adim olur. İşte rehin dahi böyledir. Çünkü rehnin mazmûniyyetine iki illet bulunup, birincisi deyn ve ikincisi kabz-ı rehindir. İkisi mevcûd olunca zamân mevcûd ve birisi mün'adim olunca zamân dahi sâkıt olur. Şöyle ki rehin râhine redd ve iâde edildiğinde, deyn bâkī olsa bile, zamân sâkıt olacağı gibi, deyn ibrâ olunduğunda, kabz-ı rehin bâkī olsa bile yine zamân sâkıt olur.

Sual: Deynin fevtiyle sükūt-ı zamân lâzım gelince, deyn istîfâ olunduktan sonra, rehin mazmûn olmamak lâzım gelir. Halbuki bu sûretde merhûn, yed-i mürtehinde telef olsa mazmûnen telef ve mürtehinin kabzettiği deyni râhine iâde eylemesi lâzım olur.

Cevab: Deyn îfâ olunduktan sonra dahi zimmet-i medyûnda bâkī olduğu 158. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. Binâenaleyh deyn-i mezkûrün mukābili olan rehnin zamânı dahi sâkıt olmayıp zamân-ı mezkûr bâkī kalır.

Bazılar, bu sualin cevabında "Dâyinin makbuzu olan paraya bir müstahık çıkıp da zabt etmek ihtimali bulunmakla, merhûn yed-i mürtehinde bulundukça mürtehinin istihkāk-ı habs ihtimali bulunup, binâenaleyh bu ihtimal zamânı îcâb eder." demişlerdir. Lâkin bu gibi delilden neş'et etmeyip sırf tevehhüm olan ihtimal, tahkīki îcâb etmeyeceğinden dolayı bu cevaba itiraz edilmiştir.

Feshin tamâmiyyeti, merhûnun alâ vechi'l-fesh râhine reddi ile olur denilmiş idi. Zîrâ mürtehin ba'de'l-fesh merhunu râhine alâ vechi'l-fesh reddetmeyip, alâ vechi'l-âriyye iâde etse, rehin bâtıl ve münfesih olmaz. *(Kîfâye)*

Sâniyen, fesh için esnâ-yı akd-i rehinde mürtehin için hıyâr şart edilmekle hâcet olmayıp, hatta mürtehin kendisi için hıyârı şart etse câiz değildir. Zîra mürtehin, bi-dûni şar-

tı'l-hıyâr fesh-i rehne muktedir olmakla, şart-ı hıyârın fâidesi olamaz. 300. madde kabîlindeki şerhde zikrolunduğu üzre hıyâr-ı şart ancak fesha kābil olan ukūd-ı lâzimede olur.

Sâlisen, mürtehin, fesh-i rehn ettiği beyâniyle rehni alâ vechi'l-fesh râhine iâde ettiğinde râhin râzî olmasa bile akd-i rehin münfesih olur. Binâenaleyh, bu iâdeden sonra rehn-i mezkûr yed-i râhinde telef olsa deynden bir şey sâkıt olmaz.

Râbi'an, medyûn borcu mukābilinde şu malı rehin ve teslîm ettiğini iddia ve ikāme-i beyyine ettiği halde dâyin rehni inkâr etse, alâ rivâyeti kitâbi'r-rehin hâkim bu beyyine üzerine rehniyyet ile hükmedemez. Şahidler, gerek kabza şahâdet etsinler ve gerek mürtehinin kabzı ikrâr ettiğine şahâdet etsinler. Zîra mürtehinin bu inkârı akd-i rehni fesh addedilir.

Şu kadar ki, dâyin yedinde rehin telef olduktan sonra bu vechile inkâr etse, medyûnun ikāme-i beyyine etmesi kabûl ve rehniyyet ile hükmedilir. Zîra merhûn yed-i mürtehinde telef olduktan sonra fesh-i akd-i rehn mümkün olmayıp 741. madde şerhindeki lâhıkada tafsîl olunacağı üzre deynin sükūtunu îcâb eder. Çünkü mürtehinin ba'de helâki'l-merhûn rehni inkâr etmesi fesha ihtimali yoktur. Binâenaleyh inkâr-ı mezkûr akdi aslından inkâr addolunacağından, ta'bîr-i diğerle deynin hükmen istîfâsı inkâr olacağından, râhin asıl akdi ve hükmen îfâyı isbâta muktedirdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara)*

Kısmen fesh-i rehin: Maddenin şerhi sırasında işâret olunduğu üzre rehnin bir kısmında dahi fesh câizdir. Şöyle ki bir kimse, bin kuruş borcu mukābilinde diğer kimesneye iki yüzüğü terhîn ettikden sonra râhin "Birisinin bana lüzûmu var geri ver." demesi üzerine, mürtehin dahi bu iki yüzüğün birisini râhine alâ tarîkı'l-fesh iâde etse, yalnız iâde olunan rehin münfesih ve diğer yüzük yalnız deynden hissesiyle merhûn olur. Binâenaleyh o diğer yüzük yed-i mürtehinde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhıka vechile telef olan yüzük küll-i deyne kâfi olsa bile, küll-i deynin sükūtunu îcab etmez; belki deynden hissesi miktarı sâkıt olur. Şu kadar var ki râhin küll-i deyni te'diye etmeden bu diğer yüzüğü istirdâd edemez. *(Bezzâziyye fi's-sâlis fi'z-zamân)*

717. MADDE

Rehin, ba'de'l-kabz râhine nisbetle akd-i lâzımdır.

Bu cihetle [**mürtehinin rızâsı olmadıkça râhin**] yalnız başına olarak sahîhan vâki' olan [**akd-i rehni fesh**] ile bi-izni'r-râhin kabzedilen merhûnu mürtehinden istirdâd [**edemez.**] Deyn, gerek rehin üzerine sâbık ve gerek lâhık olsun fark yoktur. *(Ankaravî kubeyle'l-vasâyâ)* Zîra madde-i ânife şerhinde sebk ettiği üzre mürtehinin onda hakk-ı habsi olmakla, râhin mürtehinin bu hakkını iskāt edemez.

Bundaki rehinden maksûd rehn-i tamam yâni merhûn kabzedilen rehindir. Zîra 706. maddede zikrolunduğu üzre kable'l-kabz râhin bi-dûn-i rızâ'l-mürtehin rehni fesh ile merhûnu teslîmden imtinâ' edebilir.

Râhinin bi-dûn-i rızâ'l-mürtehin feshi: Fakat hîn-i akd-i rehinde, râhin için hıyâr şart edildiğinde, müddet-i hıyârda râhin dilerse akd-i rehni fesh ve ister ise ibkā eyler. (Kitâb-ı Büyû'un bâb-ı sâdisinin fasl-ı ûlâ şerhine bakınız.) Amma müddet-i hıyârın mürûrundan sonra râhin yine akd-i rehni fesh edemez.

Müddet-i hıyârda rehnin hükmü: Rehin, müddet-i hıyârda mürtehin yedinde telef olduğunda, mürtehin muhayyerdir; rehn-i mezkûrü dilerse mukābili olan deyniyle ve isterse merhûnun kıymetiyle mazmûn tutar. *(Bezzâziyye fi's-sâlis fi'z-zamân)*

718. MADDE

[**Râhin ve mürtehin**] rehin kabz edildikden sonra [**bi'l-ittîfâk**] yâni ikisinin de rızâlarıyla [**akd-i rehni**] sarâhaten veya zımnen [**fesh**] yâni ikāle [**edebilirler.**] Ve 716. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre bu feshin tamâmiyyeti mürtehin tarafından merhûnun alâ vechi'l-fesh râhine iâdesiyle olur. Hatta ba'de'l-fesh rehin, râhine iâde olunmadan yed-i mürtehinde telef olsa, merhûnun kıymeti miktarı yine deyn sâkıt olur. *(Bezzâziyye)*

Bu fesihde, râhinin ittîfâk etmesi yâni onun da fesha muvâfakat eylemesi lâzım değildir. Fesh-i mezkûrün sıhhati hasran mürtehinin rızâsından dolayı olduğu 716. maddede ve şerhinde beyân olunduğuna, ta'bîr-i diğerle râhin muvâfakat etmese ve rızâ göstermese bile mürtehin fesh-i akd edeceğine nazaran, bunda râhinin muvâfakat veya adem-i muvâfakatının asla ehemmiyyeti yoktur. Binâberîn bu maddenin şu fıkrası mârruz-zikir 716. maddesinden fazla bir hüküm ve fâide îfâde eylemez.

[**Fakat ba'de'l-fesh mürtehinin o rehin mukābilindeki alacağını râhinden istîfâ edinceye değin rehni habs ve imsâke salahıyyeti vardır.**] Lâkin îzâh olunduğu üzre yalnız mürtehinin yahut râhin ile mürtehinin bi'l-ittîfâk mücerredd fesh-i rehn etmeleriyle rehn-i sahîh bâtıl ve hükümden gayr-i sâkıt ve ta'bîr-i diğerle rehnin kavlen feshiyle adem-i feshi hükümde müsâvîdir. Binâenaleyh deyn ile mürtehinin rehindeki kabzından ibâret bulunan bu iki vasıf bâkī bulundukça akd-i rehin dahi bâkī kalır. Yâni rehin iki şey mukābilinde mazmûndur. Biri deyn, diğeri kabzdır. Birisi fevt olduğunda yâni meselâ rehin râhine redd olunduğunda, yahut mürtehin deynden râhini ibrâ ettiğinde rehin dahi kalmaz. Rehnin zamânı sâkıt olur. Çünkü 716. madde şerhinde dahi zikrolunduğu üzre illet iki vasıf sâhibi olunca birisinin in'ıdâmiyle hüküm mün'adim olur. *(Bezzâziyye Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)*

Rehindeki hakk-ı imsâki sarâhaten iskāt edecek ahvâl dört, ve zımnen iskāt edecek ahvâl dahi beş olup, binâenaleyh cem'an dokuz sebeple rehindeki hakk-ı habs sâkıt olur. Vücuh-ı âtiye-i erba'a ile mürtehinin rehindeki hakk-ı habs ve imsākı sarâhaten sâkıt olur.

Vech-i evvel: Mürtehin akd-i rehni fesh ile beraber alâ tarîkı'l-fesh merhûnu râhine bi'r-redd, mürtehin merhûnu kabzından çıkardığında 51. maddeye mebnî artık hakk-ı habsi kalmaz. İmdi akd-i rehnin tamâmiyyeti kabzıyla olduğu gibi fesh-i rehnin tamâmiyyeti dahi makbûz olan rehnin râhine redd ve iâdesiyledir. Bu iâdenin dahi alâ tarîkı'l-fesh olması lâzımdır. Hatta alâ tarîkı'l-fesh redd ve iâde etmeyip belki alâ vechi'l-âriyye reddetse yine rehin bâtıl ve hükümden sâkıt olmaz. *(Abdülhalîm)* (749. maddeye ve şerhine bakınız.)

Vech-i sâni: Deyn te'diye,

Vech-i sâlis: Râhin o deynden ibrâ,

Vech-i râbi': Deyn-i mezkûr râhine hîbe olunduğunda, kezâlik mürtehinin merhûnda artık hakk-ı imsâki kalmaz. *(Redd-i muhtar)*

Zımnen fesh-i rehin: Akd-i rehin vücûh-ı hamse-i âtiye ile dahi fesholunabilir.

Vech-i evvel: Mürtehin, râhinin emriyle merhûnu âhara îcar ve müste'cire teslîm etse, îcâr sahîh ve akd-i rehin bâtıl ve münfesih olur. Amma bi-dûni't-teslîm mücerredd îcârîyle rehin münfesih olmaz. *(Hamevî)* Ve bu îcârda ücret râhinin olup, mürtehin vekîl bi'l-îcar olur.

Vech-i sâni ve vech-i sâlis: 744. ve 745. maddelerde mezkûrdür.

Vech-i râbi': Râhin, mürtehinin izniyle merhûnu âhara îcar ve müste'cire teslîm etse, icâre sahîh ve zımnen rehin münfesih olur. Hatta bundan sonra müddet-i îcâr münkazî olduğundan, deyn bâkī olsa bile akd-i rehn-i sâbık avdet, yâni merhûn olan mal, ke'l-evvel merhûn olmak sıfatı iktisâb eylemez. Yeniden tecdîd-i akd lâzımdır.

Vech-i hâmis: Râhin, rehni mürtehine bey' etse akd-i rehin yine münfesih olur. Bundan sonra tarafeyn bey'i ikāle etseler dahi akd-i rehin bi't-terâzî yeniden inşa olunmadıkça, mebî'-i mezkûr rehn olmakla avdet eylemez. *(Fetâvâ-yı İbn-i Nüceym)*

719. MADDE

[**Mekfûlün-anhin kefile rehin vermesi câizdir.**] Kefilden maksûd, evvelen mala; sâniyen müneccezen, sâlisen bi'l-emr kefil olandır. Yâni bir kimse diğer kimesnenin emriyle o kimesnenin filan şahsa veya mîrîye olan meselâ bin kuruş borcuna kefil olduktan sonra, o kimesne o kimseye rehin verse sahîh olur. Kefil, mekfûlün-bihi dâyine gerek te'diye etmiş ve binâenaleyh kefilin mekfûlün-anhde fi'l-hal alacağı bulunmuş olsun; ve gerek

henüz te'diye etmemiş ve ol vechile kefilin mekfûlün-anhde fi'l-hal matlûbu gayr-i mevcûd bulunsun.

Kefil mekfûlün-bihi te'diye ettikden sonra rehn-i mezkûr câiz oldu. Zîra kefil edâ ile deyne mâlik olmuş ve binâenaleyh rehn-i mezkûr deyn-i sahîh mukābilinde olmuş olur. (657. maddeye ve şerhine bakınız.)

Kefil, mekfûlün bihi henüz te'diye etmeden dahi rehn-i mezkûr câiz oldu. Zîra kefâlet bi'l-emr tâlibin kefil, ve kefîlin dahi asîl üzerine deyni îcâb eder. Şu kadar ki kefîlin asîlden alacağı vakt-i edâya dek mü'eccel ve tâlibin asîlden alacağı haldir. *(Redd-i muhtâr)* Yâni kefîlin asîl üzerine deyni icab eden ve sebeb-i deyn olan kefâlet mevcûd olduğuna ve sebeb-i deynin vücûdu, rehn-i mücevvez bulunduğuna mebnî, bu rehin dahi sahîh olur. (701. madde şerhine bakınız.)

Yed-i kefîldeki rehnin hükmü: Bu sûretde rehn-i mezkûr yed-i kefîlde telef olduğunda kefîlin mekfûlün-anha rücû' edeceği malı, kefîl istîfâ etmiş sayılır. *(Hindiyye fî mesâile şettâ mine'l-kefâle)*

Yed-i kefîldeki rehnin infisâhı: Mekfûlün-anh kefîline bu vechile rehin verdikden sonra kendisi yâni medyûn ve mekfûlün-anh borcunu dâyinine îfâ etse rehin münfesih olur. Zîra edâ ile kefîlden dahi deyn sâkıt oldu. (718. maddeye ve şerhine bakınız.)

İmdi bu vechile asîl, îfâ-yı deyn ettikden sonra rehn-i mezkûr yed-i kefîlde telef olduğunda eğer asîlin telebi vukû' bulduğu halde kefîl vermeyip de ba'dehü telef olsa kefîl mekfûlün-anha rehnin küll-i kıymetini ve eğer kable't-taleb ve'l-men' telef olsa, kefîl deyn ile kıymet-i rehnin ekallini zâmin olur denilebilir mi ? Fe'l-yuharrir.

Kefîle rehin verilmek meselesi üç kayıtla mukayyeddir.

Birincisi: Kefîl, mala kefâlet etmiş olmalıdır. Amma nefse kefâlet eden kefîle rehin verilmek gayr-i sahîh olduğu 710. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. *(Hindiyye)*

İkincisi: Kefâlet-i mâliyye, müneccezen olmalıdır. Amma kefâlet-i maliye-i mu'allakada kable vücûdi'ş-şart, asîlin kefîle rehin vermesi câiz olmaz. Zîra kefâlet bi'l-mal henüz hulûl etmemiştir. *(Hindiyye kubeyle's-sâni aşara)*

Üçüncüsü: Kefâlet bi'l-emr olmalıdır. Zîra kefâlet bilâ-emr teberru' olup, kefîlin asîle fi'l-halde, ba'de edâi'd-deynde hakk-ı mürâca'atı, yâni kefîlin asîlden alacağı bulunmayıp, binâenaleyh bu rehin, deyn-i ma'dûma mukābil rehn olur. (701. madde şerhine bakınız.)

720. MADDE

[**Bir medyûnun iki dâyini**] bu iki dâyin [**gerek birbiriyle**] deynde [**şerîk olsun, gerek**] birbiriyle deynde şerîk [**olmasın**] ve deynleri gerek cins-i vahidden ve gerek birinin borcu altın ve diğerinin gümüş olmak gibi muhtelifü'l-cins olsun iki deyn için [**kendisinden**] diğer bir ta'birle o medyûndan akd-i vâhid ile ve teb'îza nass edilmeyerek [**bir rehin alsalar câiz olur.**] *(Aynî)* Yâni bu rehinde sıhhat-i rehni ihlâl eden şuyû' yoktur.

İki dâyinin bir medyûndan rehin almasının cevâzı iki şartla meşrûttur:

Birincisi: Akdin vâhid olmasıdır. Binâenaleyh, akdeyn ile olur ise, rehn fâsid olur.

Bu cihetle bu dâyinlerden biri, o malın nısf-ı şâyi'ini bir akd ile irtihân ve kabz ve diğer dâyini dahi diğer bir akd ile yine o malın diğer nısfını irtihân ve kabz etse, fâsid olur. Çünkü bu halde rehn-i mezkûr rehn-i müşâ' olur. (710. madde şerhindeki 4. meseleye bakınız.)

İkincisi: Teb'îza nass edilmemelidir. Binâenaleyh teb'îza nass edilse rehin fâsid olur.

Bu cihetle medyûn bu malın nısfını şu dâyinime ve nısf-ı diğeri bu dâyinime rehn ettim diye teb'îz ve tefrîka nass ederek rehin ve iki dâyin dahi ol vechile irtihân ettiğinde bu rehin fâsid olur. *(Hâniyye)*

Yine bu cihetle bu malımın nısfını yüz ve diğer nısfını altı yüz kuruş mukābilinde rehn ettim dese ve diğeri de kabûl etse, bu rehin fâsid olur.

Yine bu cihetle medyûn-ı merkūmun rehni îcâb etmesi üzerine, mezkûr iki dâyinden yalnız birisi îcâbı kabûl ettiği halde diğeri kabûl etmese, rehin sahîh olmaz. (710. madde şerhine bakınız.) *(Bezzâziyye fî mukaddemeti'r-rehin ve Hâniyye)*

Yine bu cihetle bu fıkra vechile iki dâyin bir malı rehin aldıktan sonra onlardan birisi bu rehnin telcie "Hakikat-i rehn olmayıp rehin sûretinde gösterilmiş." olduğunu ikrâr etse, İmam Ebu Yusuf'a göre bu rehne şuyû' ârız olacağından sahîh olmaz. Lâkin İmam Muhammed, diğerin hissesinde rehnin sıhhatine kāil olmuştur. Zîra ikrâr huccet-i kāsıra olmakla, ikrâr-ı mezkûr diğerin hakkına sirayet eylemez. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara mine'r-rehin)*

[**Ve bu rehin iki deynin mecmû'ı mukābilinde merhûn olur.**] Zîra rehin safka-i vahide ile cemî'-i deyne muzâf kılınmıştır. Yoksa rehnin bir nısfı bir deyn, diğer nısfı öbür deyn mukābilinde merhûn olmaz. *(Mecme'u'l-enhur)*

Bu cihetle râhin iki mürtehinden yalnız birisine olan borcunu kâmilen te'diye etse, mürtehin âharın matlûbundan -velev cüz'i bir mikdar şey- bâkī bulundukça rehinden hiçbir mikdarı istirdâd edemez. *(Redd-i muhtâr ve Hâniyye)* Nitekim bu mesele 739. madde ile şerhinde îzâh olunur.

İki dâyinin bir medyûndan aldıkları rehnin keyfiyyet-i hıfzı: Rehin kābil-i kısmet değil ise, bu iki dâyin mezkûr rehni bi'l-münâvebe hıfz ederler. Ve biri nöbet-i hıfzında diğerinin adli gibidir. *(Tenvir)* Ve merhûn bunlardan birinin yedinde telef olduğunda, alana zamân-ı gasb lâzım gelmediği gibi, verene dahi zamân-ı gasb lâzım gelmez. Zîra râhin, iki mürtehinin dâima hıfz-ı rehinde ictimâ' etmediklerini bildiği halde, kābil-i kısmet olmayan bir malı ikisine rehin etmesi ile küll-i rehnin bi'l-münâvebe hıfzına rızâ göstermemiş olur. *(Şerhu'l-Mecma')*

Amma kābil-i kısmet ise bu takdirde ihtilâf olunmuştur. İmam-ı Azam'a göre bi't-taksîm her biri üzerine nısf-ı rehni hıfz eylemesi lâzımdır. Yâni bu mesele 783. madde hükmüne makīsdir. Hatta kābil-i kısmet olan rehnin küllîsini, bir dâyin diğer dâyine verip de bu diğer dâyinin yedinde telef olsa, veren kendi hissesini zamân-ı gasb ile zâmin olur. Zîra emîn, mâlikin râzî olmadığı kimesneye def' ve teslîm etmekle ecnebîyye def'inde olduğu gibi zamân-ı gasb lâzım gelir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Lâkin İmameyn'e göre zamân-ı gasb ile zâmin olmaz. *(Dürr-i Müntekā ve Mecme'u'l-enhur)*

Mecelle 783. maddesinde İmam-ı Azam kavlini ihtiyâr etmiş ve bu mes'ele dahi onun nazîri bulunmuş olmakla bunda dahi müşârun-ileyhin kavliyle amel olunmak lâzımdır.

İki dâyinin bir medyûndan aldıkları rehnin telefi takdirindeki hüküm: Bu madde vechile rehnedilen mal telef olduğunda dâyinlerin her biri kendi deynleri nisbetinde olmak üzre 741. madde şerhinde beyân olunacak lâhıka mûcibince, mezkûr rehni zâmin olurlar. *(Tenvir)* Zîra bunların her biri alacağını helâk-ı rehin ile istîfâ eylemiş olur. Çünkü, ehadühümâ âhardan evlâ olmadığı gibi, istîfâ dahi kābil-i tecezzî olmakla, merhûn iki deyn üzerine taksîm kılınır. *(Mecme'u'l-enhur)*

Şöyle ki; ikisinin alacağı yüz kuruş olsa, münâsafeten ve birinin alacağı yüz ve diğerinin iki yüz kuruş olsa, sülüs ve sülüsân olarak ber-vech-i mezkûr rehni zâmin yâni deyni müstevfî olurlar. *(Dürer)*

Bazı rehin telef olduğunda hüküm yine böyledir. Şöyle ki râhinden, ehad-i dâyininin alacağı on ve diğerinin beş aded sîm mecidiye olduğu halde, merhûn otuz altın olup da bu otuz altından yiğirmi altın telef olsa, bâkī o altın iki mürtehin yedinde islâsen merhûn olarak kalacağı gibi, on mecidiye alacak sâhibinin alacağının sülüsânı ve beş mecidiye alacak sâhibinin matlûbunun sülüsü sâkıt olur. *(Dürer, Tahtavî)*

721. MADDE

Bir dâyin iki medyûndaki alacak için bir rehin alsa câiz olur. Bu alacak, gerek safka-i vâhide ile ve gerek her biri için ayrı ayrı sebeb ile sâbit olsun hüküm birdir. Diğer bir ta'bir-

le [**biri iki kimsede olan alacağı için bir rehin alsa câiz olur. Bu dahi iki alacağın mecmû'una merhûn olur.**] *(Ankaravî)* Mezkûr rehin, gerek beynlerinde müşterek bulunan mal olsun ve gerek olmasın. Müşterek olmayıp yalnız birine aid olunca bu rehin, mal sâhibi olmayana nisbeten rehn-i müste'âr olur. Ve bunda sıhhat-i rehni ihlâl eden şuyû' yoktur *(Abdülhalîm)* Mâlikinin teferruku, rehinde şuyû'u îcâb etmez. Yâni mezkûr mal iki medyûnun müşterek malları olunca "Her medyûn kendi hissesini dâyinine rehn etmiştir; bu cihetle rehinde şuyû' vardır." denilmez. Zîra rehn-i müste'ârda olduğu gibi birinin malı diğerinin borcu için merhûn olmak dahi câizdir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Bir dâyinin iki medyûnundan bir rehin almasının şartı: Bu madde vechile olan rehnin cevâzı akdin vâhid olmasıyla meşrûtdur. Şöyle ki; iki kimse "Bizim sana olan borcumuz için bu malı sana rehn ettik." deseler de o da kabûl etse, sahîh olur. Merhûnun bir olması şart değildir; iki veya ziyâde dahi olabilir. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim ta'rîf-i rehin şerhinde îzah edilmiş idi.

Amma akd-i vâhid olmasa rehin câiz olmaz. Şöyle ki bir malın birer nısfını o iki kimseden her biri ayrı ayrı rehn etseler câiz olmaz. *(İnâye)* O iki kimse, akdi gerek ma'an inşa yâni kelamlarını birlikte ihrâc etsinler ve gerek müteâkiben inşâ etsinler. O iki kimseden biri bir malın nısfını rehnettikten sonra diğeri dahi diğer nısfını rehnetmek gibi. *(Ankaravî)* Zîra ma'an inşâ-yı akd edildiği sûretde kelâmeynin birlikte hurûcu yâni sudûru mülâbesesiyle akid müttehid olmakla, mürtehin hakkında şuyû' yok ise de muahharan şuyû' ârız olur. Şöyle ki o iki kimseden her biri vakta ki alâ hiddetin kendi hisse-i deynine mukābil rehn etmiştir. Onu edâ ile merhûnu istirdâd etmek hakkını hâiz olacağından bilâhire şuyû' hâsıl olarak muhaye'eye hâcet mess eder. Ve bu takdirde mürtehinin rehindeki habsi dâim olamaz. Halbuki rehinde habs-i dâim hakkı lâbüddür.

Bu vechile iki akd ile rehin ve teslîm olunan bir mal yed-i mürtehinde telef olduğunda, eğer râhinin talebi ile mürtehinin iâdeden imtinâ'ı olmaksızın telef olmuş ise, emâneten telef olmakla, mürtehine zamân lâzım gelmez. (768. maddeye bakınız.) Amma râhinin talebiyle mürtehinin iâdeden imtinâ'ından sonra telef olur ise, mürtehin zamân-ı gasb ile zâmin ve men'-i iâde ile müte'addî olmuş olur. (794. maddeye bakınız.) *(Ankaravî fî evâili'r-rehn, Ebussuud, Hulâsa, Şiblî)*

BÂB-I SÂLİS

Merhûna müte'allik mesâil beyânında olup iki fasla münkasemdir.

FASL-I EVVEL

Merhûnun me'ûnet ve masârifi beyânındadır.

Bu fasılda merhûnun muhâfızı, me'ûnet-i hıfz ve mesârif-i merhûndan bahs olunacaktır. Binâenaleyh ünvân-ı bahs mu'anvenden ehassdır.

1- MERHÛNUN MUHÂFIZI

722. MADDE

[**Rehni, mürtehin bizzat hıfzeder; yahut**] zevcesi ve kebîr oğlu gibi [**iyali veya**] mufâvazaten veya ınânen [**şerîki ve yahut hizmetçisi**] yâni şehriyye veya seneviyye ile tuttuğu ecîr-i hâssı [**gibi emîni olan kimseye hıfz ettirir.**] Bu emîn gerek kendisiyle birlikte sâkin olsun, gerek olmasın.

İyâl lafzı, *(ayn)* ın kesriyle olup, *(ayn)* ın fethi ve *(ya)* nın teşdîdi ile olan "ayl"in cem'idir. Bir şahsın diğer kimesneye iyâl olmasında mu'teber olan, mesâkine, yâni o şahsın o kimesnenin maiyyetinde sâkin olmasıdır. Yoksa i'tibâr, nafakaya değildir. Diğer bir ta'birle o şahsın nafakası o kimesne üzerine gerek lâzım olsun -zevce gibi ki, hem zevcinin iyalinde ve hem de nafakası zevc üzerine lâzımdır- ve gerek lâzım olmasın -zevc gibi ki, zevcesinin iyalinde ise de nafakası zevce üzerine lâzım değildir- binâenaleyh zevce, yedindeki rehni zevcine hıfz ettirse bi'l-ittîfâk câiz olur. Hatta rehn-i mezkûr zevc yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa 91. maddeye mebnî zevceye zamân-ı gasb ile zamân lâzım gelmez.

Şu kadar ki zevc, rehni zevcesine hıfz ettirebilmek için zevce-i mezbûrenin mürtehin bulunan zevcinin iyalinde bulunması şart değildir. *(Redd-i muhtâr)*

Hıfza muktedir veled-i sağîrde dahi hüküm böyledir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr fi'l-vedî'ati ve Bahr fîha)*

Hulâsa, merhûnu bu vech üzre bizzat hıfzetmek veya emînine hıfz ettirmek mürtehin üzerine vâcib ve lâzımdır. *(Tenvîr ve Redd-i muhtâr)* Nitekim vedî'ada dahi hüküm böyledir. (780. maddeye ve şerhine bakınız.) Bu cihetle hıfz-ı rehin için râhin, mürtehine ücret şart etse bile, mürtehin ücreti alamaz. (457. madde şerhine bakınız.)

Amma müstevda', hıfz-ı vedî'a mukābilinde ücret alabilir. (777. maddeye bakınız.) Zîra müstevda' üzerine hıfz-ı vedî'a lâzım değildir. *(Redd-i muhtâr)*

Sual: Müstevda', vedî'ayı dilerse imsâk eder; ve bu vechile imsâk ettikçe üzerine hıfz vâcib olur. Dilerse vedî'ayı mûdi'a reddeder. Bu halde müstevda'dan vücûb-ı hıfz sâkıt olur. Bu rehin dahi böyledir. Mürtehin dilerse imsâk eder. Bu halde muhafaza-i rehin üzerine lâzım gelir. Dilerse râhine reddeyler. Bu takdirde muhafaza-i rehin kendisinden sâkıt olur. Bu halde vedî'a ile beyninde ne fark vardır? *(Şarih)*

Cevab: Mürtehin merhûndan istîfâ-yı hak eylemek salâhiyyetini hâiz olduğu cihetle, merhûn, kendi malı menzilinde olup, bir kimsenin kendi malını muhafaza mukābilinde kendi nefsi aleyhine ücrete müstahık olamayacağı gibi, mürtehinin dahi muhafaza-i rehin mukābilinde ücret almağa hakkı olamaz. Amma vedî'ada müstevda'ın hiçbir hakkı yoktur. *(Fetvâhâne-i âlî)* Fetvâhâne-i âlînin bu cevabı beyân-ı fark emrinde güzeldir. Fakat ***Redd-i muhtâr***'ın delilini ıslah edemez.

Suale şöyle cevab verilebilir: Müstevda' için ücret şart olununca bu akd, icâre ve müstevda', ecîr olur. Bu sûretde müstevda' mukāvele olunan müddetde vedî'ayı muhafaza etmeğe mecbûr olup, muhafaza etmeyeceğim diye mûdia redd ve iâde edemez. Yâni müstevda'ın ücret alması akd-i istihfaz neticesidir; yoksa, mücerred akd-i istihfâz netîcesi değildir. *(Şarih)*

Rehinde mûcib-i zamân olan ile olmayan hakkında asl: Bundan dolayı rehnin zamân ve adem-i zamânında şu asl zikrolunmuştur.

Her fi'il ki, o fi'il sebebiyle müstevda'a zamân lâzım gelir; o fi'ilden dolayı mürtehine dahi zamân-ı gasb lâzım gelir; ve her fi'il ki, o fi'il sebebiyle müstevda'a zamân lâzım gelmez. O fi'ilden dolayı mürtehine dahi zamân-ı gasb lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)*

Bunda zamân-ı gasb denildi. Zîra merhûn bu sûretde dahi 741. madde şerhi lâhıkası vechile mazmûn olur. Bu vechile mürtehin rehni hıfz için imsâk ederse zâmin olmaz; amma isti'mal için imsâk ederse zâmin olur. Ve bu iki imsâk arasında fark vardır. Şöyle ki: Mürtehin merhûnu şol mevzi'de imsâk etse ki, orada ancak isti'mal için imsâk olunur; bu imsâk isti'maldir. Amma şol mevzi'de imsâk etse ki, onda isti'mal için imsâk edilmez;

bu imsâk hıfzdır. İmdi yüzüğü kesesine koysa yahut sarığı omuzuna assa yahut gömleği başına sarsa bu mu'âmelât hıfz olup, fakat yüzüğü sağ veya sol hınsır[1] parmağına taksa, veya seyfi kuşansa, veya imameyi başına sarsa, veya gömleği giyse bu muâmelât isti'mal-dir. *(Tekmile-i Bahr ve Hâniyye)*

Bu asıl üzerine müteferri' bazı mesâil ber-vech-i âtî beyân olunur.

Evvelen: Mürtehin rehni zevcesine berâ-yı hıfz îdâ' edebilip, bu takdîrde diğer bir ta'bîr-le mürtehin meselâ rehni zevcesine îda'la gāib olduğunda, râhin deyni îfâ ederek mer-hûnu zevce-i mezbûreden bi'l-icbâr istirdâd edemez. *(Behce fi'r-rehin)* (1637. maddeye bakınız.)

Sâniyen: Mürtehin rehni bu maddede beyân olunanlardan başkasına, yâni meselâ emî-ni olmayan bir adamına hıfz ettiremez. Zîra eyâdî "eller" hıfz ve emânetde muhtelifdir-ler. Velev ki bir adam mürtehinin iyâlinde bulunsun. Bu takdirde mürtehin rehni zevce-i gayr-i emînesine hıfz ettirip zâyi' olsa zamân-ı gasb ile zâmin olur. (780. maddeye bakınız.)

Sâlisen: Mürtehin rehni bunlardan başka birine îdâ' ederek rehn-i mezkûr müstevda' ye-dinde telef olduğunda mürtehin merhûnu zamân-ı gasb ile zâmin olduğu gibi ınde'l-İma-meyn müstevda'a dahi zamân lâzım gelir. Amma ınde'l-İmam-ı A'zam müstevda'a zamân lâzım gelmez. *(Şiblî)*

Râbi'an: Mürtehin rehni hânesinde bırakıp, emîne olmayan zevcesini dahi orada bi't-terk başka tarafa gitse de, rehin zâyi' olsa mürtehin zâmin olur. *(Bahr fi'l-vedî'a)*

Hâmisen: Mürtehin mücehhelen vefât etse terekesinden zamân lâzım gelir. *(Hayriyye)* (801. maddeye bakınız.)

Sâdisen: Mürtehin rehni âhara i'âre veya îcar veya isti'mal eylese de merhûn telef olsa, küll-i kıymetin zamânı lazım geleceği gibi, kıymetince noksan târî olsa, noksân kıymeti-nin küllîsini zâmin olur. Zîra merhûnun kıymetinden, mikdar-ı deynden ziyâdesi emâ-net olup, emânet ise ta'dile mazmûndur. *(Hidâye)* (787., 790. ve 792. maddelere bakınız.) Meselâ mürtehin, merhûn olan elbiseyi bilâ-izin lâbis veya merhûn bulunan hayvana bilâ-izin râkib olsa da merhun telef olsa, bâliğan-mâ-belağ kıymetini zâmin olacağı gibi, bu ah-vâlde merhûnun kıymetine noksan târî olsa, noksan kıymetini dahi zamân-ı gasb ile zâ-min olur. Bedel-i zamân deyn cinsinden olup da, deynde peşin ise takas vâki' olacağı gibi, deyn peşin değil ise, bedel-i zamân mürtehin yedinde rehin gibi kalarak, hulûl-i ecelde mürtehin alacağına mukābil alır. Bedel-i zamân hılaf-ı cins-i deyn olunca takas vâki' ol-mayıp kıymet-i mezkûre yed-i mürtehinde merhûn kalır. *(Mecme'u'l-enhur)* Nitekim 741. madde şerhinde tafsîl olunur.

---

1 "Ha"nın ve "sad"ın kesriyle ve kezâ "sad"ın fethiyle küçük parmak; parmakların müntehâsı bulunan parmak.

Mürtehinin ba'de'l-muhâlefet vifâka avdeti: Mürtehin muhâlefet ettikden, yâni merhûnda mûcib-i zamân olan hali yaptıkdan sonra vifâka avdet, yâni ta'addî ve mûcib-i zamân olan hali terk etse, zamân-ı gasbdan berî olur; lâkin mürtehin vîfâka avdetini iddia ettiği halde râhin inkâr etse, mürtehin vîfâka avdet ettiğini isbâta mecbûrdur. İsbat edemediği ve râhin dahi bi't-taleb, adem-i ilme, yemîn ettiği halde mürtehine zamân-ı gasb lâzım gelir. Zîra mürtehin sebeb-i zamânı ikrâr eylemiştir. *(Redd-i muhtâr)* (79. maddeye bakınız.)

Emînde ihtilâf-ı fukahânın beyânı: Gerek vedî'anın ve gerek rehnin emîne hıfz ettirilmesi câiz ise de, bu emîn müstevda'ın veya mürtehinin iyâlinden olması şart olup olmadığında fukahâ ihtilâf etmişlerdir. Şöyle ki: Bazı fukahâya göre emînin iyâlde bulunması şarttır. Binâenaleyh iyâlde bulunmayan emîne hıfz ettirse de zâyi' olsa, mürtehine zamân lâzım gelir. Diğer bazı ulemâya göre iyâlde bulunması şart değildir. Binâenaleyh iyâlde bulunmayan emîne dahi hıfz ettirilebilir; ve bu halde bu emîn yedinde merhûn telef veya zâyi' olsa mürtehine zamân-ı gasb lâzım gelmez. İmdi *Mecelle* burada ya şerîki veya hizmetçisi demesiyle kavl-i sânîyi ihtiyâr eylediği tahakkuk ediyor. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Çünkü şerîki ibâresi iyâle mukābil zikrolunduğu gibi, bir kimsenin mufavazâten veya ınânen şerîki dâima o kimsenin iyâlinde bulunmaz.

2- REHNİN ME'ÛNET-İ HIFZI

723. MADDE

Evvelen, koyun ağılı ve ahır gibi rehnin hıfz olunduğu [**yer**] ve emsali şeylerin [**kirası ve**] sâniyen, rehni beklemek için [**bekçi ücreti gibi rehnin muhâfazası**] sâlisen, tekmil veya cüz-i rehnin yed-i mürtehine reddi [**için olan**] şu üç nev' [**masraf**] hîn-i akidde râhin üzerine şart edilse bile yine [**mürtehine aiddir.**] Zîra imsâk-i rehin mürtehinin hakkı olduğu gibi hıfz-ı rehin dahi mürtehin üzerine vâcib olduğundan, me'ûnet-i imsâk ve hıfz dahi mürtehin üzerinedir. *(Zeylaî)* Bir de mürtehin rehnin hıfzından ve habsinden müstefid ve müntefi' olmakla 78. maddeye mebnî mazarratına dahi mütehammil olması lâzım geldi.

Bu maddenin ale'l-ıtlak zikrinden müstefâd olur ki, rehin ister yed-i mürtehinde, ister yed-i adlde bulunsun; bu masârif mürtehine aid olur. Velev ki rehnin kıymeti deynden ziyâde olsun. Zîra mezkûr masrafın vücûbu, habsden dolayı olup hakk-ı habs ise küllde yâni merhûnun mikdar-ı deynden ziyâdesinde dahi sâbittir.

Bu maddeden dahi müstefâd olur ki, hıfz-ı rehin mürtehin üzerine vâcibdir. Binâenaleyh râhin, hıfz-ı rehin mukābilinde mürtehin için ücret şart etse bile mürtehin ücret alamaz. Nitekim madde-i ânife şerhinde zikrolundu.

Esnâ-yı şerhde işâret olunduğu üzre, mürtehin üzerine lâzım gelen masraflar râhin üzerine şart edilse bile bu şartın hükmü yoktur. Şart-ı mezkûre binâen mesârif-i mezkûre râhin üzerine lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)* (83. madde şerhine bakınız.)

Tafsîlat-ı mebsûteden anlaşılır ki bu mesârif, 786. maddenin fıkra-i sâlisesiyle kıyâs kabûl etmez.

Kezâlik rehnin firarı halinde, yed-i mürtehine iâdesi ücreti mürtehine aid olduğu gibi; merhûn, hayvan olacak olursa onun emraz ve kurûhunun (yara) mu'âlecesi dahi mürtehine âit olur; *(Lisânü'l-Hükkâm)* eğer merhûnun kıymeti deyne müsâvî veya ekall ise... Amma merhûnun kıymeti deynden ekser ise, me'ûnet-i redd, mazmûn ile emânete taksîm edilerek, mazmûna isâbet eder miktar mürtehine, ve emânete isâbet eden miktar dahi râhine aid olur. *(Şerhu'l-Mecma')* Zîra mürtehinin merhûnun deynden ziyâdesi üzerine eli, müstevda'ın eli gibi olmakla, ona zamân lâhık olmaz. *(Lisanü'l-hükkâm)*

Meselâ bin kuruş mukābilinde üç bin kuruş kıymetli bir hayvan bi't-terhîn mezkûr hayvan yed-i mürtehinden firar ederek zâyi' oldukdan sonra, bir mahalde bulunup iâdesi emrinde doksan kuruş masraf iktiza etse, râhin altmış ve mürtehin otuz kuruşu verir. *(Tekmile-i Bahr ve Hâniyye)*

3- MERHÛNUN MESÂRİFİ

724. MADDE

İki nev' masârif râhine aiddir.

> Nev-i evvel: Zat-ı rehnin bekāsı için olan masârifdir. Hayvanın alefi, çobanın ücreti, akārın tâmiri gibi.
>
> Nev-i sâni: Merhûnun ıslah-ı menâfi'î için olan masârifdir. Saky ve telkīh ve otların ayıklanması gibi.

İmdi [**rehnin, hayvan ise alefi**] yâni yemi ve kezâ suyu [**ve çobanın ücreti**] ve koyun ise yünü ve yapağı kırkma ücreti [**ve akār ise tâmiri ve**] arsa ve bahçe gibi muhtâc-ı saky ise [**sakyi ve**] hurmalık ise [**telkîhi**] yâni erkek hurmanın çiçeğini dişi hurmanın çiçeğine aşılanması [**ve**] bunların [**otlarının ayıklanması ve harkının tathîri gibi**] merhûnun zâtının [**bekāsı ve islâh-ı menafi'i için olan masraf**] ve kezâ merhûnun haracı ve vergi-i mîrîsi [**râhine aiddir.**] Rehin, gerek mürtehin yedinde, gerek adl yedinde bulunsun. Ve rehnin kıymeti deynden gerek fazla olsun, gerek olmasın. Zîra rehin ve menafi'i, râhinin mülkü olmak üzre kalmakla beraber imsâk-i rehindeki muazzam menfa'at râhine aid olduğundan "Garâmet garîmine göredir." kā'idesine binâen bu nev' masârif râhine aid oldu. *(Dürer, Zeylaî, Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi')* Hatta bu nev' masraf mürtehin üzerine şart olunsa bile bu şartın hükmü yoktur. (83. madde şerhine bakınız.)

Râhine aid olan masrafın tayîn-i envâ'ı için, zâbıta va kā'ide *Mecelle*'de rehnin bekāsı ve islah-ı menâfi'i ibâresiyle beyân olunmakta olup ve çoban ücreti gibi şeyler ibâresiyle kā'ide-i mezkûrenin emsilesi zikreddilmektedir. *(Zeylaî)*

Hayvanın alefi râhin üzerine olmasına şu mes'ele teferru' eder. "Bir kimsenin diğer kimesneye ikrâz ve teslîm ettiği bir kile arpaya mukābil, o kimesneden bir bargir irtihân ve kabz ettikten sonra, o bargir mezkûr arpayı ekl etse, mürtehin alacağını istîfâ eylemiş olmaz." Çünkü onun alefi zâten râhine aiddir. *(Redd-i muhtâr)*

Çoban ücreti râhine lâzım oldu. Zîra çoban, hayvanı alefe îsâl eder olmak mülâbesesiyle, çoban hayvanın alefine sebepdir.

Sual: Çoban hayvanı merâya ve alefe sevkettiği gibi, onu muhafaza dahi etmektedir. Binâenaleyh çobanda hem i'lâf hem de hıfz vardır. Alef râhine ve hıfz mürtehine aid olduğuna göre çoban ücretini münâsafeten vermeleri lâzım gelir.

Cevab: Çobandan maksûd-ı aslî i'lâf olup, hıfz tebe'îdir. Hatta çoban ücretini i'lâf mukābilinde alır; yoksa tebe'î olan hıfz mukābilinde almaz. Semen-i mebî'de olduğu gibi ki, semen, asl-ı mebî'a mukābil olup, yoksa mebî'in etrafına yâni hayvan olan mebî'in kulağına veya ayağına mukābil değildir. Görülmez mi ki, merâdan hayvan sirkat eden kimse üzerine hadd-i sirkat icrâ edilmez iken, ahırdan sirkat eyleyen kimesne üzerine hadd-i sirkat icrâ olunur. *(Kîfâye Şerhu'l-Hidâye)*

Râhin, kendisine aid masrafı nemâ-i rehinden sarf edemez. Binâenaleyh, rehinde nemâ bulunmakla, râhin, rehne muktezî olan masrafı mezkûr nemadan îfâ etmesini kasdetse müsâade edilmez. (729. madde şerhine bakınız.) *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi'l-hâmis).*

Meselâ, merhûn bağın zevâidi bulunan meyvenin bey'iyle; semeninden, bağın bellemek ve çapalamak masârifine sarf etmek istese, mürtehinin müsâade etmemeğe hakkı vardır.

Rehnin vergi-i mîrîsi: Rehnin vergisi, öşrü ve haracı dahi râhine aiddir. Zîra bunlar mülkün me'ûnetidirler. Binâenaleyh bunlar mürtehinden alındığında, mürtehin bu te'diyede müteberri' olacağından râhine rücû' edemez. Zîra mürtehin bunları rızâsıyla tetavvu'an vermiş ise müteberri' olacağı gibi, mükrehen vermiş olunca yine rücû' edemez. (519. madde şerhine bakınız.) *(Lisânü'l-Hükkâm)* Meğer ki bunları te'diye etmesi hakkında, râhin mürtehine emretmiş bulunsun. O halde mürtehin dahi râhine rücû' edebilir. (1506. maddeye bakınız.)

725. MADDE

Kā'ide: Bir kimse diğer kimesneye âit olan masrafı onun emri ve hâkimin izni olmaksızın görüverse müteberri' olur.

Bu kā'ide üzerine ilm-i fıkhın ebvâb-ı müteferrikasından mesâil teferru' eder.

Rehin: [**Râhin ve mürtehinden birisi diğerine âit olan masrafı**] hâkimin veya diğerinin emri olmaksızın [**hod-be-hod îfâ etse teberru'dur.**] Medyûnun emri olmaksızın onun bir

şahsa olan borcunu birisi ödese, teberru‘ olduğu gibi... *(Zeylaî)* Binâenaleyh kendi kendine îfâdan [**sonra**] o masrafı ondan [**mutâlebe edemez.**] (1508. maddeye bakınız.) *(Hâniyye)* Zîra îfâ eden bi'l-mürâca‘at hâkimin infâkıyla emri istihsâl ve hakk-ı mürâca‘atını temîn edebileceğinden infâkta muztar değildir. *(Redd-i muhtâr)*

Meselâ râhin 722. maddede mezkûr masrafı kendi kendine îfâ etse mürtehine rücû‘ edemeyeceği gibi, mürtehin dahi madde-i ânifede mezkûr olan masrafı kendi kendine îfâ eylese râhine rücû‘ edemez. *(Tekmile-i Bahr)*

Ve mezkûr masrafla rehne şeref ve ziyâdelik geldiğinde, ba‘de'l-fekk mürtehin rehni öylece, yâni ziyâde ve şeref ile râhine reddetmesi lâzım gelir; ziyâdeliği mukābilinde, mürtehin râhinden nesne taleb edemez. *(Vâkı‘âtü'l-Müftîn)* Meselâ merhûn memlûk kuyu olup da, râhin onunla intîfâ etmesini mürtehine ibâha eylemesiyle, mürtehin dahi bilâ-emir kuyuyu ta‘mîr ederek suyu tezâyüd etse, ba‘de edâi'd-deyn mürtehin kuyuyu öylece râhine iâde eyler. *(Ankaravî fi'r-rehin)*

İstisnâ: Beldede kadı bulunmaz ise mürtehin, râhine aid olan masrafı râhine rücû‘ etmek üzre sarf ettiğini isbât ederse, yine rücû‘ edebilir. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'de "hod-be-hod" denilmesiyle iki meseleye işâret olunur:

1. Mes'ele: Râhin ve mürtehinden biri diğerine aid olan masrafı onun emriyle îfâ ettiğinde, ona rücû‘ eder. Meselâ mürtehin, râhinin emriyle râhine aid olan masrafı îfâ etse, ona rücû‘ eder. (1508. maddeye mürâca‘at ediniz.)

2. Mes'ele: Râhin ve mürtehinden biri, kendine aid olan masrafı îfâdan imtinâ‘ ettiğinde, diğeri hâkime mürâca‘at eder. Hâkim dahi îfâ-yı masraftan itinâ‘ edene aid olan masrafı, ona deyn olarak ba‘dehü ona rücû‘ etmek üzre kendisi îfâ etmesini mürâca‘at edene emreder. Bu emr üzerine o da îfâ etse masrafı imtinâ‘ edenden alır. Masraftan imtinâ‘ eden gerek hazır ve gerek gāib olsun; ve merhûn gerek mevcûd olsun ve gerek olmasın; böyle emr üzerine meselâ mürtehin, râhine aid olan masrafı îfâ ettiğinde, ona rücû‘ eder. *(Redd-i muhtâr, Dürr-i muhtâr ve Hâniyye)*

Ve hâkimin mücerredd infâkla emri, sıhhat-i rücû‘ için kâfi olmaz; diğerine rücû‘ etmek şartıyla emir bi'l-ittîfâk lâzımdır. Diğer bir ta‘birle hâkim emrinde rücû‘ şartını zikretmeyince, infâk eden rücû‘ edemez. Lukatada olduğu gibi... *(Zeylaî)* Zîra hâkimin mücerredd infâkla, emri ilzâm için değil, belki nazar için olarak hasbeten -sevab için- infâk ile deyn olmak üzre infâk beyninde mütereddid olduğundan ve evvelkisi ednâ bulunduğundan, âlâya nass edilmedikçe, ednâya sarf evladır. *(Redd-i muhtâr)*

Sual: 1315. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre, fevkānisi birinin ve tahtânisi diğerin mülkü olan ebniye münhedim veya muhterik olup da, fevkāni sâhibi tahtânî sâhibine,

sen ebniyeni yap ki, ben de üzerine ebniyemi yapayım deyip de, tahtânî sâhibi tahtânîsini yapmaktan imtinâ' etmekle sâhib-i ulüvv hâkimin emri olmaksızın binâ ettiğinde ona mürâca'at ederken, bu mes'elede bilâ-emri'l-hâkim sarfiyyat ile mürâca'at edemiyor. Bu iki mes'ele beyninde fark nedir?

Cevab: Sâhib-i ulüvv hâkime mürâca'at ettiğinde, binâya sâhib-i süflâ cebr edemiyeceğinden, sâhib-i ulüvv binâya muztarr olup, bu halde sâhib-i ulüvv için hakkını ıslahta ve mülkü ile intifâ' etmekte süflâ binâdan başka tarîkı yoktur. Amma bu mes'elede mürtehin infâkda muztarr olmayıp hâkime mürâca'at ettiğinde hâkim, hazır ise râhine infâkla cebredeceği gibi, râhin gāib ise hâkim bâlâda tafsîl olunduğu üzre mürtehine emreder. *(Ebussuud)*

Masrafta ihtilâfın halli: Tafsîlât-ı sâlife vechile hâkim râhine aid olan masrafı ona rücû' etmek üzre, îfâ ile mürtehine emretmekle, mürtehin dahi evâmire binâen şu kadar masraf ettiğini iddia ile rücû'ı taleb ettiğinde, râhin, mezkûr masrafı ikrâr ederse febihâ; ve eğer inkâr eylerse mürtehinden beyyine taleb olunur. İsbât ederse febihâ; edemez ise bi't-taleb râhin adem-i ilme tahlîf olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' mine'r-rehin)*

Sual: İnfaktan imtinâ' eden râhin olmakla, hâkimin bu vech üzre mürtehine vukû' bulan emrine binâen mürtehin nafaka-i rehin için masraf etse, bu nafakayı almak için mürtehin bilâ-rızâ'r-râhin, rehni habs edebilir mi? Bu mes'ele hakkında kütüb-i fıkhiyyede yekdiğere muhâlif kaviller mevcûddur:

Redd-i muhtâr'ın *Bezzâziyye*'den ve *Hindiyye*'nin Bâb-ı râbi'de muzmerâttan ve *Şerhu'l-Mecma*'ın *Hulâsa*'dan nakline göre habsedemeyip, fakat *Redd-i muhtâr* sâhibinin bâlâda muhkâ naklinin muhâlifi olarak *Bezzâziyye*'de mezkûr olduğuna göre, habs edebilir; ki *Bezzâziyye*'de şöyle mezkûrdür: *"Mürtehin bu vechile râhinin infâkdan imtinâ'ı üzerine hâkimin emir ve izniyle nafaka-i rehne masraf ettiğinde, İmam-ı Azam ve İmam Muhammed rahimehümâllahü Te'âlâ'ya göre, rehn-i mezkûr bu masrafa mukābil dahi merhûn olacağından, mezkûr masrafı râhinden istîfâ için mürtehin rehni habsedebilir. Ve rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde telef olduğunda, merhûnun kıymeti kâfi olunca 741. madde şerhinde beyân olunacağı üzre asıl deyn sâkıt olduğu gibi, mezkûr masraf dahi sâkıt olacağından, artık mezkûr masrafla mürtehin râhine mürâca'at edemez. Amma İmam Ebu Yusuf'a göre bu sûretde rehn-i mezkûr o masrafa mukābil merhûn olmaz."* Sâhib-i İnâye dahi *"İmam Züfer'e göre, rehn-i mezkûr o masrafa mukābil merhûn olup İmam Ebi Yusuf'a göre, merhûn olmaz."* demişdir.

Bey': 255. madde şerhinde beyân olunduğu üzre bir ecnebi, bilâ emir semen-i mebî'ı tezyîd etse, müteberri' olup müşteriye rücû' edemez.

İcâre: 529. maddede ve şerhinde beyân olunduğu vechile mûcire aid mesârifi, müste'cir bilâ-emr görse, müteberri' olur.

561. maddede beyân olunduğu vechile müste'cir bilâ-emr me'cûr hayvana yem verse müteberri' olur.

Kefâlet: 657. madde şerhinde zikrolunduğu vechile bir kimse diğer kimesnenin borcuna bilâ-emr kefîl olsa, müteberri' olur.

Emânât: 786. maddede zikrolunduğu üzre müstevda' vedî'aya bilâ-emr ve bilâ-izin masraf etse, müteberri' olur.

Kitâb-ı Emânât'da lukata mebâhisinde şerhan beyân olunacağı vechile mültekıt, bilâ-emr, luktaya masraf etse müteberri' olur.

Şirket: 1311. maddede zikrolunduğu üzre, mülk-i müştereki kendi kendine tâmir eden müşârik müteberr' olur.

Vekâlet: 1506. madde şerhinde îzâh olunacağı vechile, bir kimse diğerin borcunu bilâ-emr te'diye etse müteberri' olur.

Sulh ve İbra: 1544. maddede beyân olunduğu vechile, bir kimse diğerin dâvasından fuzûlen sulh olarak bedel-i sulhu kendi malından te'diye etmiş olsa, bedel-i sulhda müteberri' olur.

FASL-I SÂNÎ

Rehn-i müste'âr hakkındadır:

726. MADDE

[**Bir kimse diğerin malını isti'âre edip de onun izniyle rehn etmek câiz olur.**] Diğer bir ta'birle bir malı mâlikinden rehneylemek üzre, yâni rehnedeceğini beyâniyle isti'âre edip de, rehn etmek câizdir. Zîra bir kimse, gayrin deyninin bi'l-kefâle zimetine ta'alluk etmesine râzî olabileceği gibi, müsta'îrin deyninin malına ta'allukuna dahi râzî olabilir. *(Redd-i muhtâr).* Ve bir kimse, gayrin borcunu kendi malıyla Hakīkaten îfâ ve ol vechile kendi malından hem yedini hem de mülkünü izâle edebileceği gibi, gayrin borcunu kendi malıyla hükmen îfâ ve ol vechile yalnız mülk-i yedini -iâre-i rehin ile- teberru' edebilir. Çünkü rehin îfâ-yı hükmîdir. *(Hindiyye ve Aynî)* Amma isti'mal etmek üzre isti'âre edip de rehn etse, gāsıb olacağı gibi, diğerin malını bilâ-izin alarak rehn etse yine gāsıb olur ki; rehn-i mağsûbun ahkâmı 728. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunur. [**Ve buna**] yâni ber-vech-i mezkûr berâ-yı rehin bi'l-isti'âre rehn edilen mala [**rehn-i müste'âr denilir**] ki iki kısımdır.

Kısm-ı evvel: İbtidaen bi'l-isti'âre rehn etmekdir ki; bu maddede mezkûrdür.

Kısm-ı sâni: İcâzeten isti'âredir ki; bir kimse gayrin malını fuzûli olarak kendi borcu mukābilinde rehn ettikden sonra, mal sâhibi mücîz olsa, câiz ve bu mal dahi rehn-i müste'âr olur. *(Ankaravî fi'r-râhin)* (1452. maddeye bakınız.) İstiâre ve müste'ârın ta'rîfleri 765, 767. maddelerde mezkûrdür.[2]

Âriyet, kitâbü'l-emânâtda zikrolunduğu halde, berâ-yı rehin verilen âriyet bu ki'tâpda zikrolunması; rehn-i müste'âr bazı ahkâmda âriyet gibi iken, bazı ahkâmda dahi âriyetten iftirâk ettiğine mebnîdir.

Rehn-i müste'ârın âriyetten iftirâk ettiği bazı ahkâm şunlardır.

1- Atîde bi'l-münâsebe beyân olunacağı üzre mu'îr malını yed-i mürtehinden tahlîs etmek üzre mürtehinin alacağını bi'l-îfâ, rehn-i müste'ârı kurtardığında, râhin müste'îre rücû' eder.

2- Rehn-i müste'âr: Yed-i mürtehinde telef olarak mürtehinin râhindeki alacağı sâkıt olduğunda, mu'îr dahi müsteire rücû' eder. Nitekim rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde ayıplanıp da 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı üzre, o nisbette deyn sâkıt olsa, mu'îr müste'ire rücû' eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdi aşara mine'r-rehin)*

---

2 وليس للمستعير ان ينتفع بالرهن ولا ان يستعمله قبل الرهن ولا بعد الفكاك فان فعل ضمن ولو استعمله قبل الرهن ثم رهنه بمثل قيمته يبرأ عن القيمة وليس هذا كرجل استعار شيئا لينتفع به فيخالف ثم عاد الى الوفاق فانه لا يبرأ عن الضمان, خانيه.

Hatta râhin îfâ-yı deyn ettikten sonra, rehn-i müste'âr henüz yed-i müste'îrde iken telef olsa, mürtehin aldığı parayı râhine iâde eyler. Ve râhin dahi ber-vech-i mezkûr mu'ire zâmin olur.

Sual: Müste'îr, müste'ârı mu'îrin rızâsıyla kabz ve tesellüm etmekle, *Mecelle*'nin 771. maddesine göre müste'îr üzerine zamânı mûcib olmamalı idi.

Cevab: Müste'ârın müste'îr üzerine mazmûn olması kabzdan dolayı değil belki borcunu mal-ı müste'ârdan îfâ ettiğinden dolayıdır ki; her kim kendi borcunu gayrın malı ile ve o gayrın izni ile îfâ ederse, ona zamân lâzım gelir.

3- Rehn-i müste'ârın reddi ve iâdesi masârif-i hammaliyeye muhtâc olur ise, bu masârif mu'îre aid olur.[3]

Rehn-i müste'âr-ı mezkûrde, âriyetin bazı ahkâmı dahi cârî olur. Şöyle ki:

Evvelen, râhin, müste'ârı fekk ederek vekîli ile mu'îre reddedip de vekîl yedinde telef olsa, vekîl-i merkūm eğer râhinin emîni ise râhine zamân gelmez. Ve illa zâmin olur. (828. maddeye bakınız.)

Sâniyen, râhin îfâ-yı deyn ettikten sonra rehn-i müste'ârı mürtehinden kabzedip getirmek üzre mürtehine bir adam göndermekle o adam rehni kabzederek yedinde telef olsa, hükmü, minval-ı meşrûh üzredir. *(Hindiyye)*

727. MADDE

[**Mal sâhibinin**] -mu'îrin- rehne [**izni mutlak,**] yâni madde-i âtiyede beyân olunan vücûhtan biri veya birkaçı ile mukayyed değil [**ise, müste'îr onu her vechile**] yâni evvelen az çok, sâniyen her cins borç mukābilinde, sâlisen dilediği yerde ve râbi'an istediği adama [**rehnedebilir.**] *(Hâniyye)* (64. maddeye bakınız.) Çünkü i'âre müsâmaha "müsâhele" üzerine mebnî olmakla onda ıtlak vâcibü'l-itibârdır. Itlak, kemâl-i müsâmahadır. Hatta buna binâen i'âredeki cehâlet nizâ'a mufzî olmaz. *(Hidâye)* Nitekim i'âre-i mutlakada dahi hüküm böyle olduğu 816. maddenin fıkra-i ûlâsında beyân olunmuştur.

Bu maddedeki ıtlakdan maksûd, madde-i âtîde beyân olunan kuyûd-ı erba'adan hiçbirisi bulunmasa demektir. Amma kuyûd-u mezkûrenin cümlesi bulunursa, her vechile mukayyed olup, müste'îr onun hılâfına gidemez ve kuyûd-u mezkûrenin bâzısı mevcûd bulunup, bazı âharı mutlak ise, mukayyed olana muhâlefet edemez; amma mutlak olan cihetinden ale'l-ıtlak istîfâde edebilir.

Meselâ mu'îr, "Filan beldede rehn et." dese müste'îr o beldede olmak üzre az ve çok her cins borç mukābilinde dilediği adama rehnedebilir.

---

3 فرق بينها وبين غيرها من العوارى فى غير هذا يكون الرد على المستعير لان هذا اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها مضمونة فى يد المرتهن وللمعير ان يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة وفى الاجارة يكون الرد على الآجر, خانيه.

Berâ-yı rein, i‘ârenin taksîmi: İmdi, bera-yı rehin, i‘âre üç kısımdır.

Kısm-ı evvel: Her vechile mutlak olan i‘âredir. Bu maddede olduğu gibi.

Kısm-ı sâni: Her vechile mukayyed i‘âredir. Bu kısım, *Mecelle*'de mezkûr değilse de madde-i âtiyeden müstefâd olur.

Kısm-ı sâlis: Bazı cihetde mukayyad ve bazı cihetde mutlak olan i‘âredir. Madde-i âtiyede musarrah olduğu gibi.

Bera-yı rehin, i‘ârenin ıtlak veya takyîdinde ihtilâf: Müste‘îr, bu madde vechile, i‘ârede ıtlakı iddia ettiği halde, mu‘îr madde-i âtiye vechile takyîdi dâva ve ol vechile ihtilâf ettiklerinde söz ma‘al-yemîn mu‘îrindir. Zîra mu‘îr, mal sâhibi olmakla malının menafi‘ini âhara ne yolda i‘ta ettiğini daha iyi bilir. Ve bir de asl-ı i‘âreyi inkârda söz mu‘îrin olmakla, sıfatında dahi mu‘îrin olması lâzım gelir.

İkisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde râhinin beyyinesi tercîh olunarak râhin madde-i âtiye şerhinde beyân olunacak zamân-ı kıymetden berî olur. Meselâ mu‘îr “On altın mukābilinde rehne izin verdim.” ve müste‘îr “Yirmi altın mukābilinde izin verdik diye ihtilâf ettiklerinde söz mu‘îrin ve beyyine müste‘îrindir.” *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara ve Tenkîh)*

728. MADDE

[**Mal sâhibi**] yâni mu‘îr 1- [**şu kadar kuruş**] 2-[**veya şu cins mal mukābilinde yahut**] 3-[**filan adama ve**] 4-[**yahut filan beldede rehnedilmek üzre diye**] müsta‘îre [**mukayyeden izin verdikde, müste‘îr dahi ancak onun**] iznine yâni [**kayd ü şartına muvâfık olarak rehnedebilir.**] Zîra bu kayıtların cümlesi mu‘îr için fâidelidir. Çünkü mukābilinde rehnedilecek malın bazısı, bazı âhara nisbeten mu‘îr için edâ ve îfâ-yı deyn ile merhûnu istihlâs eylemesi müteyessir olacağı gibi, eşhâs dahi emânet ve hıfzda mütefâvit olurlar. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim âtîde tafsîl olunur.

Kayd ve şarta muvâfık ve muhâlif sûrette terhîn edilen rehn-i müste‘ârın hükmü: Müste‘îr, mu‘îrin kayd ve şartına muvâfık sûretde rehnettikden sonra merhûn yed-i mürtehinde telef olduğunda kıymetini zâmin olmaz. Belki telef olan rehn-i müste‘âr ile müste‘îrin ne kadar borcu ödenmiş ise 732. madde şerhinde tafsîl olunacağı üzre onu zâmin olur. Zîra müste‘îr, gayrin malıyla kendisinin ol mikdar borcunu ödemiş oldu. Çünkü müste‘îr isti‘âre edip de mu‘îr dahi i‘âre edince, müste‘îr kendi borcunu mu‘îrin malından te'diyesini mu‘îra emreylemiş demek olmakla, me'mur bi-kazai'd-deyn ise, edâ ettiği mikdar ile âmirine mürâca‘at eder. *(Aynî)* (1506. maddeye bakınız.) Müste‘îr o kayd u şarta muhâlefet edemez. (817 maddeye bakınız.) Ve muhâlefet edememesinin esbâbı ber-vech-i âtî tafsîl olunur. Şöyle ki; mal sâhibi şu kadar kuruş deyn mukābilinde rehin vermeğe izin verip, bu vechile takyîd ettiğinde, müste‘îr ondan ziyâde deyn mukābilinde rehn edemez. Zîra

mu'îr, deyni bi't-te'diye, malını kurtarmağa muhtaç olabilir. Müste'îr hılaf-ı kayd ziyâdeye rehnetdiğinde, mu'îr tâyin ettiği mikdardan ziyâde deyni edâya mecbûr ve bu sûretle mutazarrır olur.

Müste'îr ondan noksan deyn mukābilinde dahi rehn edemez. Zîra merhûnun kıymetinden deyni üzerine zaid olan mikdarı emânet olmak lâzım gelir. Mu'îr ise emânete râzı olmayarak mazmûn olması cihetini tercîh eylemiş ve binâenaleyh takyîd-i mezkûr, müfîd bulunmuştur.

Kezâ cins-i deyn ve mürtehin ve belde ile takyîd dahi müfiddir. Zîra mu'îr için bazı deynin edâsı, bazı âhara nisbeten kolay ve şu beldedeki rehnin tahlîsi, mu'îr için, diğer beldedeki rehne nisbeten sühûletli olabileceği gibi, eşhâs dahi emânet ve hıfzda mütefâvit olur.

Meselâ mu'îr, bir meblağ-ı muayyen mukābilinde veya filan adama veya filan beldede, veya şu cins mal mukābilinde rehn etmeğe izn verdiği halde, müste'îr onu ondan ziyâde veya noksan deyn, yahut başka cins mal mukābilinde, yahut âhar beldede rehn edemez.

İmdi mürtehin râhinin kayd ve şartına muhâlefet ettiğinde bu rehin fuzûli olur da mu'îr dilerse mücîz olur. Bu sûretde rehin tamam olur. Dilerse rehni fesheder. Bu sûretde yâni rehin mevcûd olup feshedilince 1637. madde mûcibince râhin hazır olduğu halde mu'îr rehni mürtehinden dâva ve akd-i rehni feshettiğini beyân ile merhûnu ahz eyler. Rehn-i mezkûr yed-i mürtehinde telef olunca zamân lâzım gelir. Ta'bîr-i diğerle mu'îr muhayyerdir. Dilerse müste'îre tazmîn ettirir. Zîra müste'îr, gayrin mülkünde kendisine izin verilmeyen bir sûretde tasarruf ettiği cihetle gāsıb ve bu halde rehin tamam olur. (Âti'z-zikr lâhıkaya bakınız.) Zîra müste'îr, zamân ile merhûna bi-terîkı'l-istinâd mâlik olup, binâenaleyh kendi mülkünü rehnetmiş olduğu zâhir oldu. İsterse mürtehine tazmîn ettirir. Zîra mürtehin gayrin malını onun izni olmaksızın râhinden ahz ve kabz eylemiş olmakla, gāsıbü'l-gāsıb olmuş olur. (910. maddeye bakınız.) Ve bu halde mürtehin zâmin olduğu şeyle râhine rücû' ile beraber, alacağını dahi ondan istîfâ eder ki, râhine rücû'ı, râhin cihetinden mağrûriyyetine ve 685. madde şerhine mebnî olduğu gibi, deyn ile rücû'ı dahi mürtehinin kabzı müntekız olarak hakkının avdetine mebnîdir. ***(Ebussuud, Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara, Redd-i muhtâr, Bezzâziyye fi's-sâlis fi'z-zamân ve Hâniyye)*** (701. madde ve şerhine bakınız.)

İstisnâ: Fakat mu'îr şu kadar kuruş mukābilinde rehn etmek üzre müste'îre izin verdiğinde bunda üç sûret vardır.

Sûreti ûlâ: Müste'ârın kıymeti, mu'îrin mikdarını tâyin ettiği deyne müsâvî,

Sûret-i sâniye: Müste'ârın kıymeti, tesmiye kılınan deynden ekser olmakdır. Bu iki sûretde müste'îr, rehn-i müste'ârı, tesmiye kılınan deyn mukābilinde rehn edebilip ondan ekser, veya ekall deyn mukābilinde rehn edemez. Eder ise zâmin olur ki, esbâbı bâlâda zikrolundu. ***(Redd-i muhtâr)***

Sûret-i sâlise: Müste‘ârın kıymeti, tesmiye kılınan deynden ekall olmakdır. Bu sûretde dahi müste‘îr, rehn-i müste‘ârı tesmiye kılınan deyn mukābilinde rehn edebilir; yoksa ondan ekser bir deyn mukābilinde rehn edemez ki; sebebi bâlâda zikrolundu. Amma bu sûret-i sâlisede müste‘îr, rehn-i müste‘ârı tesmiye kılınan deynden ekall bir deyn mukābilinde rehn ettiğinde nazar olunur:

1- Tesmiye kılınan deynden başka olarak rehnedilmek istenilen deyn, rehnin kıymetine müsâvî ise rehin sahîh olur. Telefi takdirinde müste‘îre zamân lâzım gelmez. Zîra bu, hayra muhâlefet olmakla câiz olur. (91. maddeye bakınız.)

2- Mezkûr deyn rehnin kıymetinden ekall ise, rehin sahîh yâni nâfiz olmaz; telefi takdirinde müste‘îre zamân lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr)*

Meselâ mu‘îr, yüz kuruşluk bir malını yüz elli kuruş mukābilinde rehn etmeğe müsta‘îre izin verdiğinde, müste‘îr yüz elli kuruş ve kezâ yüz kuruş mukābilinde rehn edebilir. Amma yüz altmış veya doksan kuruş mukābilinde rehn edemez. Edip de telef olsa zâmin olur. Zîra deynin mikdarını tâyinde mu‘îrin iki garazı olabilir. Birinci garazı: Deyn az olsun ki lede'l-hâce 732. maddenin fıkra-i ahîresi mûcebince mu‘îr onu bizzat te'diye ile malını rehniyetden tahlîs etsin. Ve ikinci garazı: Deyn çok olsun ki, rehn-i müste‘âr, mürtehin yedinde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhıka beyân olunacağı üzre, mürtehin ziyâde mikdar alacağını istîfâ etmiş olsun ve mu‘îr dahi müste‘îre ol mikdarda rücû‘ eylesin. İmdi birinci garaza mebnî müste‘âr, tesmiye kılınan deynden ekser deyn mukābilinde terhîn tecviz edilmeyip, ikinci garaza mebnî rehnin kıymetinden az olmamak üzre mezkûr deynden ekall deyn mukābilinde terhîn olunmak tecviz edildi. Ânifen tafsîl edilen suver-i selâseden üçüncü sûretin bir rakamiyle işâret olunan fıkrasında salifü'z-zikr iki garazda hâsıl olabileceğinden, yâni o cihetle muhâlefet mu‘îre îras mazarrat eylemeyeceğinden, bu hususta mu‘îrin emrine zâhirde muhâlefet tecviz edilmişdir. (818. maddeye bakınız.)

Tafsîlât-ı meşrûhadan anlaşılır ki, *Mecelle*'nin "…..ancak onun kayd ve şartına………." fıkrası ale'l-ıtlak değildir. *(Şürünbülâlî ve Bezzâziyye)*

Bu maddede dört sûretle takyîd beyân olunuyor ki, her birine birer rakamla işaret olundu. Bu dört sûretle takyîd, ictimâ‘ edebileceği gibi, bazısı mevcûd ve bazısı gayr-i mevcûd dahi olabilir. Nitekim madde-i ânife şerhinde zikreddilmiş idi.

Bir de beşinci sûret olmak üzre âriyetin takyîdi tevkīt ile olur.

826. maddede mastûr olduğu üzre, âriyetin tevkīti câiz olmakla, ol vechile tevkīt edilen berâ-yı rehn-i âriyetde müddet-i muayyene hitâmından evvel, mu‘îr o âriyeti müste‘îrden taleb edemez. Amma hitâmında taleb edebilir. Binâenaleyh mürtehin merhûnu halas ile mu‘îre reddetmek üzre icbâr olunur. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-hadi aşara mine'r-rehin)* (732. maddeye bakınız.) Fakat *Mecelle*'deki tevkītlerin fâidesi mu‘îre aid iken, bu tevkītin fâi-

desi müste'îre aid oluyor. Dikkat edilmelidir ki burada beyân olunan berâ-yı rehn-i âriyyetin tevkītidir. Amma mücerredd müste'îrin deyn-i mü'eccel mukābilinde rehn etmesi, mu'îrin müste'îri derhal müste'îrden taleb etmesine mani olmaz.

Meselâ bir kimse berâ-yı rehin ale'l-ıtlak isti'âre ettiği malı, bir sene müddetle te'cil eylediği deyni mukābelesinde rehin ve teslîm ettiğinde, mu'îrin müste'îri derhal muâhezeye, yâni müste'ârı istihlâs ederek kendisine iâde edilmesini taleb etmeğe salâhıyyeti vardır. *(Ankaravî)*

LÂHİKA

Rehn-i mağsûbe hakkında

Bir kimse, diğer kimesnenin malını gasb ile âhar bir şahsa terhîn ettikden sonra mezkûr malı o kimesneden iştirâ etse, rehn-i sâbık nâfiz ve mezkûr malın helâkiyle o kimesnenin borcu sâkıt olmaz. Zîra râhinin mülkü ba'de'r-rehin sâbit oldu. Şu kadar ki mezkûr mal, mürtehin yedinde telef olduğunda sâhibi muhayyerdir. Dilerse o malı 910. maddeye mebnî râhine tazmîn ettirir. Bu halde sâbıkan vukû' bulan akd-i rehin sıhhate münkalib olarak 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile deyn sâkıt olur. Zîra râhin zamân ile vakt-i gasbından itibâren merhûna mâlik olup, binâenaleyh râhinin mülkü, rehin üzerine sâbık oldu. *(Dürer)* Dilerse mürtehine tazmîn ettirir. Bu takdirde rehin bâtıl olup, mürtehine zâmin olduğu şeyle râhine rücû' eder.[4]

Bu sûretde mal sâhibi, merhûnun kendisinden gasb olunduğunu iddia edip de mürtehin gasbı ikrâr etse, mürtehinin şu ikrârı râhine tesir etmez. Yâni, mürtehin yedinde bulunan rehin, filan adamın mülkü iken, râhin ondan gasb ederek kendisine terhîn ettiğini ikrâr etse, bu ikrârın râhin hakkında te'siri olamaz. Nitekim râhin ikrâr etse mürtehin hakkında tesiri olamayacağı gibi. (78. maddeye bakınız.) Binâenaleyh râhin, edâ-i deyn ile merhûnu mürtehinden ahz eyler. Mürtehinin bu ikrârından dolayı, mukırrun-leh rehn-i mezkûre müdâhale edemeyeceği gibi, mürtehinin aldığı alacağa dahi müdâhale edemez. Şu kadar ki bu rehin, yed-i mürtehinde telef olsa mürtehinin matlûbu sâkıt olacağı gibi mürtehin, merhûnun cemî' kıymetini mukarrun-lehe zâmin olur. Zîra mürtehin, mukarrun-lehin malını onun izni olmaksızın kabzettiğini ikrâr etmiş ve ikrârı kendi aleyhine hüccet bulunmuştur. Bu sûretde merhûnun helâkı sebebiyle reddi müte'azzir olunca kıymetini vermesi lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hadi aşara mine'r-rehin)*

---

4 لان سبب ضمان المرتهن والقبض وعقد الرهن كان قبله فلا ينفذ الرهن بملك متأخر عن العقد, خانيه فى الفصل فيمن يرهن مال الغير من الرهن وفيه تفصيل رهن المغصوب فليراجع.

ŞERH-İ KİTÂBÜ'R-REHN

BÂB-I RÂBİ‘

Rehinin ahkamı beyânında olup dört fasla münkasemdir.

Bu Bâb-ı Râbi‘in hulâsası ber-vech-i âtî derc olunur.

Hulâsa-i Bâb-ı Râbi‘

AHKÂM-I REHİN

1- Fekk-i rehne kadar mürtehinin hakk-ı habsi vardır. Râhin merhûnu gayr için ikrârı mürtehinin hakk-ı habsine halel getirmez ve rehinde ecel, rehni ifsâd eder.

2- Kable'l-fekk râhin vefât veya iflas ettiğinde mürtehin sâir guramâdan ehakkdır.

3- Merhûn yed-i mürtehinde telef olursa, kıymeti mikdarı deyn sâkıt olur.

Rehni, râhin itlâf ettiğinde, deyn mü'eccel ise râhin rehnin yevm-i itlâfdaki kıymetini zâmin ve bedel-i rehin, hulûl-i ecele kadar merhûn olur. Mu‘accel ise, merhûnun kıymetini zâmin olmaz. Çünkü fâidesizdir. Deynin küllîsini mürtehine te'diye etmesi lâzım gelir.

Rehni, râhin ta‘yîb ettiğinde, ârız olan noksan mikdarı zâmin olur.

Rehni, mürtehin itlâf ettiğinde, deyn mü'eccel ise, yevm-i itlâfdaki kıymetini zâmin ve kıymet yed-i mürtehninde merhûn olur. Mu‘accel ise, kıymeti mikdarı sâkıt olur. *(Mürtehinin inkârı itlâf hükmündedir.)*

Rehni, mürtehin ta‘yîb ettiğinde noksan kıymet mikdarı deynden sâkıt olur.

4- Rehin, mürtehine göre yevm-i kabzdaki, ecnebîye göre yevm-i helakdeki kıymetle mazmûndur.

Rehinde iki it‘ibâr vardır:

1- **Rehnin aynı**: Bu vedî'adır. Binâenaleyh müstevda'a zamânı îcab eden her fi'il mürtehine de zamânı îcâb eder.

2- **Rehnin mâliyeti**: Bu mazmûndur. Bu sebeple bilâ-ta'add telef olsa kıymeti mikdarı deyn sâkıt olur. Hatta râhin îfa-yı deyn ettikten sonra yed-i mürtehinde merhûn zâyi' olsa, dâyin aldığını medyûna iâde etmelidir. Çünkü hakk-ı vâhid iki defa istîfâ olunamaz.

5- Rehn mutâlebe-i deyne mani' değildir.

6- Râhin kable edâi'd-deyn merhûnda feshi mümkün olan bir sûretle tasarruf etse, mürtehinin rızâsı olmadıkça şu tasarruf nâfiz olmaz.

7- Mürtehin alacağını taleb ettiğinde rehni ihzâra mecbûrdur.

İstisnâ:

1- İhzâr-ı rehin haml ve me'ûnete muhtâc ise,

2- Rehin yed-i adlde olup da, adl gāib ise,

3- Râhin, bey'-ı rehne mürtehini veya adli tevkîl etse de semen kabzolunmasa,

4- Rehin yed-i adlde olup da mürtehin matlûbunu râhinden taleb etse, bu sûretlerde mürtehinin rehni ihzârı lâzım gelmez.

8- Rehn-i müste'ârda istihlâs-ı rehinden sonra mu'îr, müste'îre bir kavle göre lede't-telef sâkıt olacak deyn mikdarı ile, diğer kavle göre mu'îrin mürtehine te'diye edeceği şeyle rücû' eder.

9- Râhin ve mürtehinin vefâtiyle rehin bâtıl olmaz. Ahkâm-ı rehin vereseye intikāl ve terekeden deyn îfâ olunur.

10- Mürtehin rehni âhara îdâ' edebilir, îcâr ve i'âre edemez. Zîra mürtehin, râhinin izni olmayınca rehinden intîfâ' edemez. İzni olup da esnâ-yı intifâ'da telef olsa âriyet olduğundan zamân lâzım gelmez.

11- Yed-i adl, yed-i mürtehin gibidir.

12- Râhin deyni te'diye etmezse hâkim tarafından berâ-yı te'diye bey-i rehne cebrolunur. Bu bey'de ikrâh yoktur. Zîra, evvelen icbâr bi-gayr-i hak değildir. Sâniyen cebr, bey-i rehne has değil; te'diye-i deynedir.

FASL-I EVVEL

Rehnin ahkâm-ı umûmiyyesi beyânındadır.

729. MADDE

[**Rehnin**] üç [**hükmü**] vardır.

Birincisi: [**fekkine**] yâni mukābili olan deyn-i medyûn yâni -râhin- veya ecnebî tarafından mürtehine veya vekîli ve vasîsi gibi nâibine te'diye veya mürtehin o deyni râhine hîbe veya o deynden râhini ibrâ edinceye [**kadar mürtehinin**] rehn-i mezkûrde [**hakk-ı habsi**] yâni merhûnu yedinde tevkīfe salâhiyyeti [**olmak**].

İkincisi: [**Ve**] kable'l-fekk [**râhin fevt**] veya ber-hayât [**oldukda sâir guramâdan ehakk**] yâni merhûna evlâ [**olarak rehinden istîfâ-yı deyn edebilmek.**]

Üçüncüsü: Merhûn yed-i mürtehinde telef olduğunda, kıymeti mikdarı deyn sâkıt olmak [**dır.**]

Tafsîl-i ahkâm: Birinci hükme müteferri' mesâil:

1. Mes'ele: Râhin merhûnu gayr için ikrâr etse mücerredd bu ikrâr ile merhûn yed-i mürtehinden nez' edilmez ve mürtehinin hakk-ı habsine halel gelmez. (78. maddeye bakınız.) Belki mukırr bulunan râhin edâ-yı deyn ederek merhûnu bi'l-istihlâs mukarrun-lehe reddetmesiyle emrolunur. *(Ankaravî)*

2. Mes'ele: Râhin, rehni meselâ çarşıya götürüp de bi'l-bey' semeninden îfâ-yı deyn veya diğer bir sebepden dolayı mürtehinin yedinden ahz etmek arzu etse, mürtehin yedinden alınıp da râhine iâde olunamaz. Zîra rehnin hükmü îfâ-yı deyn edinceye kadar habs-i dâimden ibâretdir; yoksa onu bey' ile semeninden îfâ-yı deyn değildir. *(Zeylaî)* [1]

Bu cihetle mürtehin muhayyer olur. Dilerse, bey-i rehne râhini bi't-temkîn hakk-ı habsini iskāt eyler. Dilerse temkîn etmez. *(İnâye)* Lâkin râhin, yed-i mürtehinde bulunan merhûnu âhara satıp da parasıyla mürtehine olan borcunu te'diye etse, mürtehin merhûnu râhine reddetmeğe mecbûr olur. Rehnin parasını almam, merhûnu reddetmem diyemez.

3. Mes'ele: Te'diye-i deyn olunmasa bile mürtehin merhûna mâlik olamaz. *(Hâniyye)* Zîra rehnin hükmü mülkiyyet değil, mürtehinin hakk-ı habsinden ibâretdir. Hatta bir kimse diğer kimesneye bir malı rehn ettiğinde, râhin mürtehine "Filan vakte kadar alacağı-

1 ولو طلب المرتهن دينه فقال الراهن للعدل بع الرهن واوف حقه وقال المرتهن لا اريد البيع وانما اريد حقى كان له ذلك. خانيه ودر مختار وشرنبلالى.

nı vermez isem, merhûn, borcum mukābilinde senin olsun, veya sana bey' olsun." dese rehnin sıhhatine halel gelmez. Bu kelâmın hükmü olmamakla vakt-i mezkûr mürur etse bile yine merhûn ke'l-evvel merhûn olarak kalır. *(Fetâvâ-yı İbni Nüceym)* Zemân-ı cahiliyetde bu muâmele mer'î iken, Resûl müessis-i adalet, nebiyy-i beyyin-i risalet sallallahü te'âlâ aleyhi vesellem "لا تغلق الرهن" kavli mübârekiyle bu muâmeleyi ibtâl buyurmuştur ki "Merhûn ihtibas-ı küllî ile mürtehinin memlûkü olacak sûretde mahbûs olmaz." demektir. *(Hidâye ve Kîfâye)*

4. Mes'ele: Rehin fekk olunduktan sonra, artık mürtehinin onda hakkı habsi kalmaz. Binâenaleyh, râhine redde mecbûrdur. (97. maddeye bakınız.) Nitekim 731. maddeden dahi müstefâd olur. Bu sûretde bir deyne mukābil bir mal rehnedildikten sonra, o deyn te'diye olunsa mezkûr rehin mürtehinin râhin zimmetindeki başka bir alacağına mukābil olarak rehn olmağa intikāl etmez. *(İnâye)*

Meselâ bir kimsenin elli mecidiye ile on altın, diğer kimesneye borcu olup da elli mecidiye mukābilinde ona bir rehin verdikten sonra meblağ-ı mezkûrü te'diye etse, mürtehinin mezkûr rehni on lira için habs etmeğe hakkı yoktur. Deyni ibrâ veya hîbede dahi hüküm böyledir. *(Zeylaî)*

Ve iki deyne mukābil akd-i müteaddid ve müstakıl ile rehnedilmiş iki merhûn olunca, her rehin ancak kendi mukābili olan hakdan dolayı merhûn olur. Bu sûretde râhin vefât edip de bir rehnin kıymeti iki deynden fazla ve diğer rehnin kıymeti deynden noksan bulunsa, dâyin fazla-i rehni guramâya reddeder. Yoksa bu fazladan diğer alacağının bakıyyesini istîfâ edemez; bu bakıyyeden garâmeten hisse-i musîbesini alması lâzım gelir. Şu kadar ki "müslemün-fîhe" mukābil-i rehn olup da akd-i selem feshedilse, bu rehin re's-i mal mukābilinde istihsânen rehn olur da rehn-i mezkûr re's-i maldan dolayı habsolunabilir. *(Zeylaî)*

Rehnin mukābili olan deyn kâmilen îfâ, veya ibrâ, veya hîbe olunduktan sonra, râhin merhûnu mürtehinden taleb ettiği ve rehnin teslîmi mümkün olduğu halde, mürtehin rehni râhine vermese, gāsıb hükmünde olacağından, ondan sonra telef olsa mürtehin küll-i kıymetini zâmin olur. (794. maddeye bakınız.) *(Nükûl-i Behce)*

5. Mes'ele: Rehinde ecel rehni ifsâd eder. Zîra rehnin hükmü, habs-i müstedâmdan ibâret iken, ecel şart olununca hulûl-i ecele kadar habs olunamaz. *(Ankaravî)*

Fekk-i rehin, umûr-ı hamse ile olur.

Birincisi: Mürtehin râhini ibrâ edip de onun dahi ibrâyı reddetmemesiyle olur.

İkincisi: Deyni, mürtehinin râhine hîbe edip de onun da hîbeyi reddetmemesiyle olur. (847. maddeye bakınız.)

Üçüncüsü: Râhinin, mürtehine veya nâibine îfâ-yı deyn etmesiyle olur. Hatta râhin, merhûn yed-i mürtehinde iken onu şahs-ı âhara bi'l-bey' semenini müşteri-

den kabzedip de mürtehinin matlûbunu îfâ etse, rehin artık mürtehinden alınarak müşteriye teslîm edilir. Zîra hakk-ı mürtehin kendisine vusûl ile mani'-i teslîm zâil olmuştur. *(Şürünbülâlî)* (24. maddeye bakınız.)

İfa-yı deyn nâibe dahi olur. Şöyle ki: Mürtehin tecennün etdiğinde hâkim tarafından ona bir vasî tâyin olunarak, deyn, vasî-i merkūma îfâ ve rehin râhine redd olunur. *(Fetâvâ-yı Ebussuud)*

Dördüncüsü: Şahs-ı âharın teberru'an îfâ-yı deyn etmesiyle olur. Şöyle ki bir kimsenin diğer kimesneye olan on altın borcu mukābilinde, on altın kıymetinde bir sa'ati rehin ettikden sonra, şahs-ı ecnebî deyn-i mezkûrü teberruan te'diye etse, sa'atin o kimseye iâdesi lâzım gelir. Fakat o şahsın teberruan îfâ-yı deynden sonra sa'at o kimseye iâde olunmadan o kimesne yedinde telef olarak deyn sâkıt olsa, o kimesnenin me'huzu olan on altını şahs-ı müteberria iâde eylemesi lâzım gelir; yoksa o kimseye değil. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis mine'r-rehin)*

Beşincisi: Mürtehin kendi dâyinlerinden birini râhin üzerine havâle-i mukayyede ile havâle etmesiyledir. (690. maddeye bakınız.)

Amma râhin, mürtehini bir şahıs üzerine havâle etdiğinde, rehin fekk edilmiş olmayacağı 690. madde şerhinde beyân ve bu sûretde dahi rehin fekk edilmiş itibâr edilmesi münasib olacağı ityân olunmuş idi.

"Sâir guremâ ehakk olur." demek, râhinin sâir dâyinleri mezkûr rehne müdâhale ve kısmet-i guramâya idhâl edemezler demektir. Râhin gerek vefât etmiş olsun, gerek ber-hayât bulunsun ve gerek müflis olsun. Bu halde *Mecelle*'deki fevt ta'bîri ihtirâzî değildir.

İkinci hükme müteferri' mesâil:

Bu takdirde rehin bey' olunarak semeninden kâmilen deyn te'diye olunur. Fazla kalırsa fazlası sâir guramâ arasında garâmeten taksîm olunur; ve semeni mürtehinin deynine vefâ etmez ise, bâkī deyn ile mürtehin garâmeten râhinin diğer emvâlinden istîfâ eder. *(Fetâvâ-yı İbni Nüceym ve Bezzâziyye)*

Üçüncü hükmün îzahı:

Buna dâir olan tafsîlât 741. madde şerhinde zikrolunacaktır.

730. MADDE

[**Rehin,**] mukābili olan [**borcun mutâlebesine mâni' olmayıp rehni kabz**] ve yedinde habs ve tevkīf [**ettikden sonra dahi**] yâni rehni tevkīf ile beraber [**mürtehinin râhinden**] eceli hulûl eden ve peşin bulunan [**alacağını mutâlebeye**] hakkı ve hatta matlûbunu almak için medyûn ve râhini habsettirmeğe [**salâhiyyeti bâkīdir.**] Zîra mürtehinin râhindeki alacağı,

ba'de'r-rehin dahi bâkī bulunup, rehin ziyâde-i sıyânet için olmakla rehn-i mezkûr, dâyinin hakk-ı talebini iskāt edemez. *(Kîfâye)*[2]

Şu halde mürtehin zâten mu'accel olan yahut mü'eccel olup da müddeti hulûl eyleyen alacağının küllîsini veya hulûl eden taksidini râhinden taleb ettiğinde, râhin, rehnin yed-i mürtehinde sâlimen vücûdunu itiraf edince, îfâ-yı deyn etmesiyle râhine emrolunur ve bu takdirde mürtehin rehni meclis-i mürâfa'aya ihzâr eylemesiyle mükellef tutulmaz. Zîra rehnin bekāsını i'tirafdan sonra, ihzâr-ı rehinde fâide yoktur. *(Zeylaî ve Kîfâye)* Bu sûretde deyn, evvelâ, kâmilen îfâ olunduktan sonra mürtehin dahi sâniyen, rehni râhine teslîm eyler. Yâni edâ-yı deynin teslîm ve redd-i rehin üzerine takdim eylemesi lâzım gelir. Zîra rehin vesîka olup, merhûnun evvelen teslîmi vesîkayı ibtâl edeceği gibi, merhûnun evvelen teslîmi lâzım gelse, râhinin kable kazâi'd-deyn vefâtı ihtimali olmakla o halde mürtehinin guramâya müşâreket eylemesi lâzım gelir. Bunda ise mürtehinin hakkının butlânı vardır.[3] Ve bir de mürtehin, râhinin hakkını ayn-ı merhûnda tâyin eylemiş yâni merhunda hakk-ı râhin müte'ayyen ve mütekarrer bulunmuş olmakla, râhin dahi mürtehinin hakkını deynde tâyin eylemesi ve ol vechile müsâvât hâsıl olması muktezîdir. Derâhim ve denânîr ise, tâyin ile ta'ayyün etmeyeceğinden tâyin-i mezkûr ancak kabz ile deyn hâsıl olur. *(Dürr-i Muhtâr, ve Zeylaî)*

Amma râhin, rehnin yed-i mürtehinde helâkini ve binâenaleyh 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile deynin sükūtunu iddia ile, hakikat-i hal anlaşılmak için mevcûd ise, rehnin meclis-i muhakemeye ihzârını der-meyan etdiğinde, rehnin meclise ihzârı masârîf-i hammaliyeye muhtâc değil ise -bir cep sa'ati veya bir yüzük olmak gibi- hâkim rehni meclise ihzâr etmesiyle mürtehine emreder. *(Zeylaî)* Mutâlebe, gerek belde-i rehinde ve gerek başka beldede olsun. *(Ankaravî)* Zîra ihtimal ki merhûn yed-i mürtehinde telef olarak 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile deyn sâkıt ve istîfâ-yı hükmî vâki' olduğu halde, bu kerre dahi râhin îfâ-yı deyn etse, borcunu iki defa -bir defa îfâ-yı hükmî ve bir defa da îfâ-yı hakiki ile- ödemiş olması lâzım gelir. *(Bezzâziyye fi's-sâlis mine'r-rehin ve Fethul Kadir)* İmdi hâkimin emr-i mezkûrüne binâen mürtehin, rehni ihzâr etdiğinde bâlâda zikrolunduğu üzre yine evvelâ râhin borcunu îfâ ve ba'dehü mürtehin rehni, râhine redd ve i'ta eyler. *(Reddi Muhtâr ve Zeylaî)*

Fakat mürtehin altı mes'elede rehnin meclis-i hâkime ihzâriyle mükellef değildir.

1. Mes'ele: Rehnin eğer haml ve me'ûneti olur ise 732. maddede şerhan îzâh olunacağı üzre mürtehin rehni ihzâr yâni bir mekândan diğer mekâna kendi emek ve masrafıyla nakletmek üzre mürtehine icbâr edilemez. *(Redd-i muhtâr)* Çünkü mürtehin üzerine vâcib

---

2 Zemânımızda merî bulunan usule göre râhinin îfâ-yı deyne kâfi merhûn veya diğer malı bulunur ise, râhin hebsedilmeyip mahkemece malı satılarak mürtehinin ve dâyinin alacağı tesviye olunur; velev ki medyûn malının bey' edilmesine rızâ göstermesin..

3 كما فى البيع يؤمر المشترى بتسليم الثمن اولا, خانيه.

olan bi't-tahliye teslîmden ibâretdir. Yoksa merhûnu bir mekândan diğer mekâna nakil değildir. Zîra, bununla mürtehin üzerine akd-i rehinde iltizam etmediği zarar lâzım gelir. *(Tekmile-i Bahr)*[4]

Fakat, bu halde râhin rehnin helâkini iddia ve mürtehin bekāsını inbâ ettiğinde, râhin taleb ederse rehin helâk olmadığına -betâte- mürtehin tahlîf olunur. Zîra merhûn meclis-i muhâkemeden gāib olmakla helâkiyle butlân-ı deyne ihtimâli vardır. *(Şiblî)* Merhûnun helâki mürtehinin yedinde iken vâki' olmuş olmak ihtimâline mebnî bu tahlîf betât üzerine oldu. *(Redd-i muhtâr)* Yemîn ederse râhin îfâ-yı deyn ile emrolunup ba'de'l-îfâ rehni kabzeyler. Ve yemîn etmez ise râhin edâ-yı deyn ile emrolunmaz.[5]

İşte *Tenvîrü'l-ebsâr* ile *Dürr-i Muhtâr*'da ve *Hindiyye*'nin Bâb-ı sabi'inde ihzâr-ı rehin mes'elesi ber-vech-i bâlâ ihtiyâr ve îzâh edilmiş olup, ancak mürtehin akd-i rehn olunduğu beldenin gayrisinde râhinden alacağını taleb, ve râhin ihzâr-ı rehni istidâ etdiğinde rehnin haml ve me'ûneti olsa da olmasa da mürtehin ihzâr-ı rehin üzerine icbâr olunacağı[6] hakkında kütüb-i fıkhiyyede bazı rivâyât vardır. *(Şiblî ve Hâniyye)*

2. Mes'ele: Mürtehin alacağını râhinden taleb etdiğinde, yed-i adilde olan rehnin ihzâriyle mürtehin mükellef tutulamaz. Zîra râhin rehni yed-i adle vaz' etmesiyle mürtehine emniyet etmemiş olmakla, adl yedindeki rehni alıp getirmeğe mürtehin muktedir olamaz. (754. maddeye bakınız.) *(Tekmile-i Bahr)* Lâkin râhin yed-i adldeki rehnin helâkini iddia etdiğinde mürtehin, rehn-i mezkûr helâk olduğunu bilmediğine tahlîf olunarak yemîn ederse, râhin îfâ-yı deyn ile emrolunur. Nükūl ederse dâyin edâ-yı deyne cebrolunamaz.

Adlin rehni inkâr etmesi, telef-i rehin hükmündedir. Binâenaleyh adl rehni inkâr ile rehniyyeti iddia olunan mal kendi malı bulunduğunu dermeyân etdiğinde mürtehin alacağını râhinden taleb edemez. *(Zeylaî)* Bu takdirde mürtehin, mezkûr mal adl-i merkūm yedinde mevdû' rehin olduğunu isbât ederse, alacağını yine râhinden taleb eyler. *(Hâniyye ve Abdülhalîm)*

3. Mes'ele: Rehin yed-i adle vaz' olunup da adl dahi kendi emîni olan iyâline berâ-yı hıfz îdâ' ile gāib olup, emîn-i merkūm dahi "Vedî'ayı adl-i merkūmdan aldım fakat kimin malı

---

4 ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر متعين وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول.

5 ولو ان رجلا اشترى سيئا وقبضه ولم ينقد الثمن فلقيه البايع فى غير مصرهما وطالبه بالثمن فابى المشترى ان يدفع اليه الثمن قبل ان يحضر المبيع فان المشترى لايجر على دفع الثمن قبل احضار المبيع سواء له حمل ومؤنة اولم يكن فرق بين هذا وبين الرهن والفرق ان المبيع مع الثمن عوضان من كل وجه فاذا تأخر قبض احدهما لابفعل احدهما يتأخر الاخر واما الرهن ليس بعوض من كل وجه فتأخر احدهما لا يوجب تأخر الاخر الا ان فى البيع يوخذ من المشترى كفيل حتى يحضر ذلك المصر او يبعث وكيلا ليدفع الثمن ويأخذ المبيع نظرا لهما, خانيه.

6 لان جميع المصر كمكان واحد.

olduğunu bilmem." dese râhin edâ-yı deyne cebrolunur. Mürtehin onu ihzâr ile mükellef ve ihzâra mecbûr değildir. Zîra o mürtehin rehni, râhinden kabz etmiş değildir.[7]

4. Mes'ele: Rehin yed-i adle tevdî' olunup da adl gāib olarak nerede olduğu mâlûm olmasa, râhin edâ-yı deyne cebr olunur. Mürtehin rehni ihzâra mecbûr değildir. *(Zeylaî)*

5. Mes'ele: Râhin bey-i rehne mürtehini tevkîl etmekle, mürtehin dahi ber-mûceb-i vekâlet rehni satıp fakat parasını henüz kabzetmeden mürtehin mezkûr paranın ihzâriyle mükellef tutulmaz. Zîra mürtehin râhinin emriyle vakta ki merhûnu sattı; bey' sahîh olup, rehin deyn olmuş ve gûya râhin, onu deyn iken rehn etmiş olduğundan, mürtehinin onu ihzâr etmesinde iktidarı yoktur. *(Tekmile-i Bahr)* Amma kabzettiğinde, yine onun ihzâriyle mükellef tutulur. Zîra bedel, mübeddel makamına kāimdir.[8]

6. Mes'ele: Râhin, adl-i ecnebîyi mutlaka bey'-i rehne tevkīl etmekle, adl-i merkūm dahi merhûnu halen veya nes'eten bey' edip fakat bey-i nes'ede henüz semeni kabzetmemiş ise, râhin kable ihzâri's-semen îfâ-yı deynden imtinâ' edemez. *(Hâniyye)*

731. MADDE

Deynin bir miktarından medyûn berî olsa, merhûn kema-kân hem deyn-i sâkıta ve müstevfâya ve hem de deyn-i bâkīye mukābil mahbûs ve merhûn kalır.

Bu cihetle [**deynin bir miktarı**] medyûn veya ecnebî tarafından [**îfâ**] veya dâyin canibinden ibrâ ve iskāt veya râhine hîbe olunduğunda diğer bir ta'birle bu vücûhtan biri sebebiyle medyûn bazı deynden berî [**olduğunda ona**] yâni meselâ îfâ olunan mikdara [**mukābil**] olarak merhûn müteaddid olsa bile, [**rehnin bir miktarını**] râhine [**redd**] ve iâde [**etmek**] mürtehin üzerine [**lâzım gelmeyip**], küll-i rehin kema-kân küll-i deyne mukābil mahbûs kalacağından mürtehin [**bakıyye-i deyni tamamen istîfâ edinceye dek, mürtehinin mecmu-ı rehni habs ve imsâke salâhiyyeti vardır.**] Zîra merhûnun küllîsi küll-i deyn mukābilinde mahbûs olmakla, medyûn dâyini kaza-i deyne haml ve icbârda mübâlâğa için merhûnun küllîsi deynin her cüz'i mukābilinde mahbûs itibâr olunur ki, bunun nazîri yed-i bâyi'de bulunan mebî'dir.

Çünkü 278. ve 279. maddelerde beyân olunduğu üzre müşteri semenden bir mikdarını bâyi'ine îfâ etse, mebî'in bazısını alamaz. *(Hidâye ve Aynî)*

Meselâ bir kimse diğer kimesneye olan bin kuruş borcu için, beşer yüz veya biner kuruş kıymetli iki yüzüğü terhîn ve teslîm ve ba'dehü beş yüz kuruşu te'diye eylese, yüzüğün bi-

---

7 فان ادعى الراهن ان الرهن قد هلك حلف المرتهن على علمه فان حلف يجبر الراهن على قضاء الدين وان نكل لم يجبر, خانيه.

8 والذى يقبض الثمن هو البايع مرتهنا كان او عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه (تكمله بحر ومجمع الانهر)

rini bilâ-rızâ'l-mürtehin istirdâd edemez. Velev ki mezkûr bin kuruş borç, muhtelifü'l-cins meselâ beş yüzü altın ve beş yüzü gümüş bulunsun. *(Hindiyye fi'l-fasli'r-râbi' mine'l-bâbi'l-evvel)* Nitekim semen-i mebî'de dahi hüküm böyle idi. (279. maddeye bakınız.) Lâkin mürtehin rızâsıyla merhûnu redd, yâni rehni kısmen feshedebileceği 716. madde şerhinde beyân olundu.

Yine bu cihetle deynin bir mikdarı îfâ olunmuş iken, rehin yed-i mürtehinde telef ve deyn sâkıt olsa, râhin verdiğini mürtehinden istirdâd eder. Nitekim 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunur. *(Abdülhalîm)*

Yâni deynin bir mikdarı îfâ olunmakla merhûn yalnız mütebâkī mikdara merhûn olmağa intikāl etmez; kema-kân küll-i deyne mukābil olarak merhûn kalacağından hükm-i mezkûr cârî olur.

Meselâ râhin bin kuruş mukābilinde bir malı rehin ve teslîm ettikden sonra, dört yüz kuruşunu mürtehine îfâ edip de rehn-i mezkûr mütebâkī altı yüz kuruşa mukābil rehn olsun dese bile bu sözün hükmü yoktur. Yine küll-i deyne mukābil olmak üzre merhûn kalır. *(Ankaravî ve Şerhu'l-Mecma')*

[**Fakat**] bir deyn mukābilinde akd-i vâhid ile [**iki şey rehn olundukda her biri için**] mezkûr [**deynden bir miktar tâyin olunmuş ise**] o iki rehinden [**birisi için ta'yin olunan miktar edâ**] veya ibre ve iskât veya râhine hîbe [**olundukda râhin yalnız onu tahlîs edebilir.**] (729. madde şerhine bakınız.) Ve hangi rehin için verdiği hakında râhinin sözü kabûl olunur. (1775. maddeye bakınız.)

Sual ve cevab:

Mücerredd tafsîl-i semen ile bey' ta'addüd etmez iken, rehin ta'addüd eder mi ve bey'den bunun farkı nedir?

Mücerredd tafsîl-i semen ile akd-i rehnin ta'addüdü hakkında rivâyet muhteliftir. Alâ rivâyetin mücerredd tafsîl-i semen ile akd-i rehin ta'addüd eder; tekrîr-i akd şart değildir. Halbuki 179. madde ile şerhinde beyân olunduğu üzre, mücerredd tafsîl-i semen ile bey' ta'addüd eylemez; fark şudur ki mebî'in bazısını semenden hissesiyle kabûlde bâyi'a ızrar vardır. Çünkü âdet, reddeynin ceyyide zammı ile ceyyidle beraber reddeynin satılması merkezindedir. Halbuki rehinde râhinin mülkü zâil olmamakla, mürtehinin müteaddid merhûndan birinde rehni kabûl etmesinde râhine ızrar yoktur. İşte şu sebep ve hikmete mebnîdir ki bâyi', "Bu atımı on ve bu kısrağımı on beş altına satdım." dediğinde müşteri, ol vechile ikisini kabûl edebilip amma râhin, "Bu atımı sana olan yiğirmi beş altından on altın ve bu kısrağımı mütebâkī on beş altın mukābilinde sana rehn etdim." dediği halde, mürtehin ikisini kabûle mecbûr olmaz. Bu atı on altın mukābilinde irtihân ettim dese sahîh olur. *(Hidâye ve Aynî)* Amma diğer rivâyete göre bu fıkranın hükmü dahi fıkra-i

ânifenin hükmü gibidir. Ta'bîr-i diğerle, rehinde dahi mücerredd tafsîl-i semen ile akd-i rehin ta'addüd eylemez. Şu tafsîlâtdan anlaşıldı ki, *Mecelle* rivâyet-i ûlâyı ihtiyâr eylemiştir. *(Ebussuud ve Şerhu'l-Mecma')*

Mecelle'nin şu fıkra-i sâniyesini bir misâl ile îzâh edelim.

Meselâ râhin on beş altın deynden on altın mukābilinde şu sa'ati ve beş altın mukābilinde şu kılıcı rehn etdim deyip de, mürtehin dahi ol vechile kabûl ve ikisini de kabz ettikten sonra kılıcın mukābili olan beş altın verildiğinde, râhin o kılıcı alabilir. Mürtehin, küll-i deyn îfâ olunmadıkça kılıcı vermem diyemez. Vermekten imtina' etse gāsıb olur.

Şerhan akd-i vâhid ile denilmesi bu mes'elede *Mecelle*'nin maksûdu, o olduğuna mebnîdir. Yoksa, akid müteaddid olur ise bu fıkranın hükmü bi-tarîkı'l-evlâ cârîdir. Şöyle ki bir mal bir deyn mukābilinde bir akd ile rehin ve teslîm edildikten sonra, diğer bir mal dahi başka bir deyn mukābilinde diğer bir akd ile rehin ve teslîm edilse hüküm böyledir. Yâni bir deyn îfâ olunduğunda onun mukābili olan rehin tahlîs olunur. *(Bezzâziyye)*

Bu fıkrada iki mes'eleye işâret olunuyor.

Evvelen; *Mecelle*'de iki şey denildi. Zîra bir şeyin nısfı deynden bir miktara, ve diğer nısfı deyn-i mezkûrden mütebâkī mikdara rehnedilmek câiz olmaz. Nitekim 720. madde şerhinde beyân olundu.

Sâniyen; kezâlik her biri için denildi. Zîrâ her biri için deynden bir miktar tâyin olunmayarak rehnedilse câiz olmaz. Meselâ bir kimse, diğer kimesneye olan üç yüz kuruş deyn mukābilinde iki yüzüğü rehnedecek olduğunda, bu yüzüklerin birisini yüz ve diğerini iki yüz kuruş için rehn ettim dese de, yüz kuruş için hangi yüzüğü ve iki yüz kuruş için hangi yüzüğü rehn ettiğini beyân eylemese câiz olmaz. *(Hindiyye fi'l-fasli'r-râbi' mine'l-bâbi'l-evvel)* Çünkü, yüzüklerin birisi telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhikada beyân olunacağı vechile ona isâbet eden deyn sâkıt olacağından, telef olan yüzük için hangi deyn sâkıt olacağı bilinmeyeceğine mebnî beynlerinde nizâa bâdî olur. (709. madde şerhine bakınız.)

732. MADDE

[**Rehn-i müste'ârı**] te'diye-i deyn eyleyerek mürtehinden [**tahlis ile kendüye**] iâde ve [**teslîm etmek üzre sahibinin**] yâni mu'îrin dilediği vâkit hazır olan [**râhin-i müste'îri muâhezeye**] yâni âriyeti talebe [**salâhiyeti vardır.**] (825. maddeye bakınız.) Yoksa mu'îr, rehni mürtehinden istirdâd edemez. (735. maddeye bakınız.) Şu kadar var ki, berâ-yı rehin olan i'âre müddet-i ma'lûme ile muvakkat olunca, kable hitâmi'l-müddet mu'îr rehn-i müste'ârı müste'îrden taleb ve müste'îri muahaze edemeyeceği 728. madde şerhinde beyân olundu.

Müste'îr, emîni bulunan bir kimseyi, merhûnu mürtehinden kabza tevkîl etse câiz olur. Bu halde rehn-i müste'âr bu vekîl yedinde telef olsa müste'îr zâmin olmaz. (91. maddeye bakınız.) Amma o kimse müste'îrin emîni değil ise, o kimsenin yedinde müste'âr telef olduğu takdirde müste'îre zamân lâzım gelir. *(Hâniyye)*

Rehn-i müste'ârın iâdesi emrindeki haml ve me'ûnet, yâni masârîf-i nakliyye mu'îr üzerine olup, yoksa 830. maddeye kıyâsen müste'îr üzerine değildir. *(Bezzâziyye)* Amma râhin-i müste'îr gāib olup da onu muâheze etmek mu'îr için mümkün olmayınca, mu'îr mürtehine deyni bi'l-edâ rehni istirdâd eder. Şöyle ki râhin-i müste'îr gāib olup da bir kimse, mürtehin yedindeki mal-ı merhûn kendisinin mülkü olup gāib-i merkūm tarafından bi'l-isti'âre bu mürtehine rehin edildiğini iddia ve mürtehin dahi bunu ikrâr ettiğinde, mürtehin alacağını bi't-tamam o kimseden alarak merhûnu ona reddeder. Lâkin mürtehin o mal müdde'înin mülkü olduğunu bilmediğini beyân eyler ise, o kimse mezkûr mala müdâhale edemez. *(Hindiyye)* (1637. maddeye bakınız.)

[**Ve müste'îr fakrı sebebiyle edâ-yı deyn**] ile tahlîs-ı rehin [**den aciz olduğu sûretde mu'îr ol deyni**] bi't-tamam [**kendi tarafından**] mürtehine [**edâ ile malını rehinden tahlîs**] ve ahz ve sonra edâ ettiği deyn ile mu'îre rücû' [**edebilir.**] Ve mürtehin alacağını bi't-tamam kabz ettikten sonra merhûn, mu'îrin olduğu sâbit olduğunda, mu'îre reddetmekten imtinâa salâhiyyeti olmadığı gibi râhin-i müste'îrin dahi imtinâa hakkı yoktur. *(Ankaravî, Hindiyye ve Mecme'u'l-enhur)* Yâni mu'îr, mürtehinin borcunu verip de rehni alacak olduğunda mürtehin "Benim alacağım sende değildir bana hasım olmazsan senin verdiğin parayı almam." diyemez. Vâkı'a bir kimsenin diğer kimesne zimmetindeki alacağını şahs-ı sâlis teberru'an o kimseye verecek olduğunda, o kimsenin almamağa hakkı var ise de, mu'îrin te'diyesini kabûle mürtehin mecbûrdur. Fark şudur ki ecnebî bu te'diyede müteberri' olup tefrîğ-ı zimmete sâ'î olmadığı gibi, tahlîs-i mülke dahi sâ'î değildir. Amma mu'îr tahlîs-i mülke sâ'îdir. *(Hidâye)*

İmdi mu'îr bu vechile merhûnu tahlîs etmek istediğinde müste'îr dahi hazır olup, merhûn mu'îrin mülkü olduğunu mukırr yahut münkir olup bi'l-beyyine mülkiyeti müsbet olunca, mu'îr edâ-yı deyn ile rehni alabileceği gibi râhin-i müste'îr gāib olup da mürtehin, merhûn mu'îrin mülkü olduğunu mukırr olur ise, mu'îr yine edâ-yı deyn ile rehni tahlîs edebilir. Ve müste'îr hazır olduğunda bu ikrârın ona tesiri olamaz. Amma mürtehin o mal mu'îrin mülkü olduğunu mukırr değilse, mu'îr müste'îrin gaybeti halinde merhûna müdâhale edemez. Nitekim fıkra-i ânife şerhinde zikrolundu.

Mecelle'deki "fakrı sebebiyle" kaydı ihtirazî olmayıp, müste'îr ganî olsa bile mu'îr ona mürâca'at etmeyerek doğrudan doğruya mürtehine bi'l-mürâca'at edâ-yı deyn ile malını renhinden kurtarmak istediğinde, mürtehin o mal mu'îrin olduğunu mukırr olunca alacağını kâmilen ahziyle merhûnu mu'îre redde mecbûrdur. *(Hindiyye ve Hâniyye)*

Mecelle'deki "mu'îr" ta'bîri ecnebîden ihtirâz içindir. Bir ecnebî mürtehinin alacağını bi't-tamam edâ ile müste'ârın mu'îre reddini taleb ettiğinde, mürtehinin imtinâ'a yâni o ecnebînin verdiği parayı kabûl etmemeğe hakkı vardır. Mu'îr ile ecnebî beyninde fark şudur ki, ânifen zikrolunduğu üzre mu'îr, bu te'diyede tahlîs-i mülküne sâ'î iken, bu ecnebî mülkünü tahlîsa sâ'î olmadığı gibi, zimmeti tefrîğa dahi sâ'î olmamakla mürtehin ile ecnebî arasında husûmet yoktur. *(Tekmile-i Bahr)*

Mecelle'deki "ol deyni" ibâresiyle onun tamamını edâya mecbûr olduğuna işâret olunuyor. Yâni mu'îr ber-vech-i bâlâ deynin küllîsini edâ ile malını tahlîs edebilir, yoksa müste'ârın kıymeti, miktar-ı deynden ekall olmakla yalnız mikdar-ı kıymeti edâ ile rehni tahlîs etmeğe hakkı yoktur. Şöyle ki rehn-i müste'ârın kıymeti bin kuruş iken, bi-izni'l-mu'ir iki bin kuruş deyn mukābilinde bi't-terhîn mu'îr rehni kurtarmak istediğinde, iki bin kuruşu vererek kurtarabilir. Yoksa rehnin kıymeti olan yalnız bin kuruşu i'ta ile tahlîs edemez. *(Redd-i muhtâr)*

Kezâlik müste'îr, rehn-i müste'âr ile birlikte olarak kendinin diğer bir malını bir deyn mukābilinde mu'îrin kayd ve şartına muvafik sûretde rehn etdiğinde, mu'îr ber-vech-i bâlâ malını tahlîs edecek olduğunda, küll-i deyni te'diye etmesi lâzım gelir; yoksa yalnız müste'âra isâbet eden hisse-i deyni bi'l-i'ta rehn-i müste'ârı tahlîs edemez. *(Ebussuud)*

Nitekim râhin, bir malı iki kişiden bi'l-isti'âre rehn ettikten sonra mukābili olan deynin nısfını te'diye ettiğinde, te'diye ettiği hisse-i deyn o iki kişiden buna âit olan malın hissesine mukâbil olan deyn olduğunu tâyin etse, mu'teber olmaz. Te'diye olunan meblağ iki kişi hakkında dahi te'diye edilmiş itibâr olunarak mütebâkī deyn bi'l-iştirâk te'diye olunduktan sonra mallarını kurtarırlar. *(Hindiyye)*

Mu'îrin edâdan veya telef-i rehinden sonra müste'îre rücû'u: Fakat mu'îr ber-vechi bâlâ müste'ârın kıymetinden ziyâde olan deyni edâ ile müste'ârı tahlîs ettikden sonra, râhinin müste'îre hakk-ı mürâca'atı vardır. Velev ki müste'îr "Borcumu edâ et!" diye mu'îre sarâhaten emretmiş olmasın. Yâni bu mes'ele 1506. maddeye makīs değildir. Zîra mu'îr, müste'ârı tahlîs için müste'îrin borcunu îfâya mecbûr olmakla bu îfâda mu'îr müteberri' addolunamaz. *(Zeylaî)*

Lâkin mu'îrin müste'îre kaç kuruşla mürâca'at edeceğinde ihtilâf olunmuştur. *Hâniyye*' de zikir ve *Dürer* 'de cezmedildiğine göre 741. madde şerhindeki lâhıkada beyân olunacağı vechile rehin helak olduğu takdirde ne kadar deyn sâkıt olacak ise mu'îr, yalnız o mikdar ile müste'îre rücû' edebilir. Ziyâdesinde, mu'îr müteberri' olur. Yâni bâlâda "Ol deyni" ünvâniyle şerhan zikreddilen mes'elede beyân olunan misâlde bin kuruşla rücû' edebilir; iki bin kuruşla rücû' edemez ve mu'îr, müste'ârın kıymetinden ziyâde olan deyni te'diyede müteberri' olur. Zîra rehin telef olsa idi müste'îrin ancak kıymetini zâmin olması yâni mu'îre vermesi lâzım gelirdi. Yoksa kıymetinden ziyâdesini zâmin olmaz idi. İşte telef-

te hüküm ber-vech-i mezkûr olduğu gibi fekkde dahi hüküm, ber-vech-i meşrûh olarak mu'îr, kıymet-i rehinden ziyâdesinde müteberri' olur. *(Kîfâye ve Hâniyye)*

Sual: Mu'îr deynin küllîsini te'diye etmedikçe mülkünü istirdâda muktedir olamayıp ol vechile cemi' deyni îfâya muztarr ve mecbûr olmakla, rehn-i müste'ârın kıymetinden ziyâdesinde dahi müteberri' olmamalı idi.

Cevab: Müste'îrin üzerine vücûb-ı zamân kendi borcunu mu'îrin mülkü ile îfâ ettiğinden dolayıdır. Binâenaleyh mu'îrin müste'îre rücû'u, ancak rehn-i müste'âr ile îfâ-yı deyn mümkün olabilecek miktar ile, ta'bîr-i diğerle merhûnun telefi halinde ne mikdar deynin sükūtu mümkün ise ol mikdar ile olup, ziyâdesiyle değil. *(Ebussuud)* Vakı'â mu'îr ziyâde para vermeğe mecbûr olarak mutazarrır olduysa da evvel emirde rehni, müste'ârın kıymetiyle takyîd etmediği cihetle taksîr kendisinden vâki' olarak kıymetinden ziyâdesini i'tâya mecbûr değil, -bu itibâr ile- belki muhtâr oldu. *(Redd-i muhtâr)* Rehn-i müste'ârın yed-i mürtehinde telefi sebebiyle 741. madde şerhinde zikrolunacak lâhıka vechile sükûtu deynde ve kezâ rehn-i müste'âr yed-i mürtehinde ayıplanıp da mezkûr ayıp nisbetinde sükūtu deynde dahi hüküm minval-ı meşrûh üzreddir. *(Bezzâziyye fi's-sâlis fi'z-zamân ve Hâniyye)*[9]

Lâkin sâhib-i mültekānın beyânına göre mu'îrin mürtehine te'diye ettiği şey ile mu'îr râhine mürâca'at eder. Yâni misâl-i mezkûrde iki bin kuruşla rücû' eyler ki; Zeylaî dahi "Mu'îr malını elde etmek için bu borcu tamamen îfâya mecbûr ve muztarr olmakla te'diye-i müzkûrede yâni müste'ârın kıymetinden fazla olan borcu edâda müteberri' addolunamaz." diyerek bu kavli tercîh eylemiştir. Adalete muvâfık olan da bu kavildir. ***Mecelle***'de bu iki kavilden birinin tercîhine dâir kayıt ve işâret yoktur.

Rehn-i müste'ârın telefi halinde mu'îrin hakk-ı mürâca'atı olmayan mes'ele: Tafsîlât-ı ânifeden anlaşıldı ki mu'îrin müste'îre rücû' edebilmesi, müste'îr borcunu mu'îrin malından îfâ ettiğinden dolayıdır. Binâenaleyh, rehn-i müste'âr dâyine rehnedilmeden evvel müste'îr yedinde telef olduğunda, râhin-i müste'îre zamân lâzım gelmeyeceği, yâni mu'îrin müste'îre rehnin bedeli veya deyn ile hakk-ı mürâca'atı olmadığı gibi râhin-i müste'îr fekk-i rehn ederek merhûnu mürtehinden kabz ettikden sonra yedinde telef olsa, yine ber-vech-i mezkûr zamân lâzım gelmez. (813. maddeye bakınız.) Zîra merhûn yed-i mürtehinde telef olmamakla müste'îr, borcunu bu rehin ile ödemiş olmadığı gibi rehin dahi âriyet-i mahza olduğundan ber-vech-i meşrûh yedinde telef olmasiyle müste'îre zamân lâzım gelmez. *(Hidâye, Aynî ve Hâniyye)*

Hatta müste'îr kable'r-rehn, rehn-i müste'ârı isti'mal etse yâni meselâ rehn-i müste'âr hayvan olmakla ona râkib olsa veya elbise olup da giyse de ba'dehü isti'mali terkle vîfâka avdet ettikden sonra kable'r-rehn yed-i müste'îrde telef olsa yine zamân lâzım gel-

---

9 ولو لم يهلك ولكنه تعيب سقط من الدين بقدره وعليه للمعير ذلك القدر, انقروى.

mez. *(Mültekâ)* Bundaki isti'âre berâ-yı isti'mal isti'âreye makīs değildir. Berâ-yı isti'mâl isti'ârede müste'îr, ba'de'l-muhâlefet vifâka avdetiyle berî olmayıp sâlimen mal sâhibine iâde edinceye kadar zamânında kalır. Fark şudur ki; bera-yı rehin isti'ârede müste'îr, ba'de'l-muhâlefet vîfâka avdet ettiğinde müstevda' menzilinde olup yoksa müste'îr menzilinde değildir. Bera-yı isti'mal isti'ârede ise müste'îr, ba'de'l-muhâlefet vifâka avdet etse dahi müste'îrin kendi yedi, müste'âr üzerine bâkī olmakla mâlikine iâdesine kadar zamânında kalır. *(Hidâye ve Aynî)* Bu mes'ele 787. madde şerhinde tafsîl olunur.

Fakat, burada muhtâc-ı hal bir mes'ele hatıra gelir. Şöyle ki müste'îr, rehn-i müste'ârı mürtehine rehin ve teslîm ettikden sonra mürtehinin izniyle geri alsa da yedinde iken telef olsa, deyn sâkıt olmayacağı der-kârdır. Lâkin bu halde müste'îre zamân lâzım gelir mi? Vakı'â müste'îr, isti'mal ederken telef olsa, zamân lâzım geleceğine şüphe yoktur. Hiç isti'mal etmemiş yahut bir müddet isti'mal ettikden sonra isti'mali terkle vîfâka avdet eylemiş olsa da bu sırada yedinde telef olsa, zamân lâzım gelir mi? Bu muâmeleyi yapmağa müste'îr me'zun olmamakla, zâhir olan zamân lâzım gelmektir. *(Şarih)*

Mu'îr ile müste'îrin zemân-ı telefde ihtilâfları: Şu halde mu'îr ba'de'r-rehin ve't-teslîm mürtehin yedinde helâk olmakla zamân lâzım gelir. Ve "Müste'îr kalbe'r-rehin, veya ba'de'r-rehin ve ba'de'l-fekk ve'l-istirdâd helâk oldu, zamân lâzım gelmez." diye ihtilâf ettiklerinde, söz ma'al-yemîn müste'îrindir. (76. maddeye bakınız.) Bu rehin mürtehin yedinde telef olduktan sonra, râhin, mürtehin ve mu'îr rehnin kıymetinde ihtilâf ettiklerinde, söz mürtehinindir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara mine'r-rehn ve Hâniyye)*

733. MADDE

1- [**Râhin ve**] **2-** [**mürtehinin**] yâni bunlardan yalnız birisinin ve **3-** ikisinin [**vefâtiyle rehin bâtıl**] yâni münfesih [**olmaz.**] Binâenaleyh râhin vefât ettiğinde veresesi deyni bi't-tamam edâ etmedikçe rehni istirdâd edemez. Zîra mürtehinin hakkı râhinin veresesinin hakkına takaddüm eder. *(Zeylaî)* Îfâ-yı düyûn irsden mukaddemdir. Nitekim mürtehin vefât ettiğinde, rehn onun veresesi yedlerinde rehin olmak üzre kalıp bunlarda mevâdd-ı âtiyedeki ahkâm cereyan eder. (734 ve 738. maddelere bakınız.) Şu îzâhâttan anlaşıldı ki bu madde mücmel olup mevâdd-ı âtiye ile tafsîl olunuyor. Bir şeyi evelen icmâl, sâniyen tafsîl etmek müelliflerin âdetleridir.

734. MADDE

[**Râhin fevt oldukda**] madde-i sâlife mûcibince rehin bâtıl olmaz. [**veresesi kibâr**] olup gāib ve mecnun değiller [**ise onun**] yâni râhin-i müteveffânın [**makamına kāim olup**] müteveffâ hayâtında deyni edâ ile rehni kurtarmak salâhiyyetini hâiz olduğu gibi verese-

si dahi müteveffânın terekesi var ise [**tereke**]sin[**den**] bittamam [**te'diye-i deyn ile rehni tahlîs etmeleri lâzım olur.**] Ta'bîr-i diğerle terekeden îfâ-yı deyne cebr olunur. Ve îfâ-yı deynden imtinâ' ederler ise 757. maddede beyân olunduğu üzre bey'-i rehne hâkim tarafından vereseye cebr olunur. Ve eğer ibâ ve inad ederler ise, hâkim rehni bi'l-bey', deyni edâ eder.[10]

"Terekeden" deniliyor. Zîra verese müteveffânın borcunu kendi mallarından îfâya mecbûr değillerdir. [**Ve eğer verese sığâr ise yahut kibâr olup da gāib yâni müddet-i sefer ba'îd olan**] on sekiz sa'atlik [**yerde ise**] müteveffânın hayâtında nasbettiği [**vasîsi**] -ki buna vasî-i muhtâr denilir -veyahut müteveffâ hayâtında vasî nasb etmemekle ba'de vefâtihi hâkimin sağîr veya gāib-i kebîr için nasb ettiği vasî -ki buna vasî-yi mensub ıtlak olunur- [**mürtehinin izniyle rehni satıp semeninden te'diye-i deyn eyler.**] Zîra vasî, müteveffâ-yı râhin makāmına kāim olur.

Ânifen îzâh olunduğu üzre müteveffânın vasîsi yok ise hâkim ona vasî nasb eder. Çünkü hâkim kendilerine nazardan, yâni hukūkunu muhâfazadan âciz olan ıbâdın hukūkuna nazır ve muhafız nasb olunmuştur. *(Ebussuud)*

Nitekim müteveffânın asla vârisi olmasa, mürtehin hâkime mürâca'at eder. Hâkim dahi rehni bey' ile deyni îfâ eyler. *(Tenkîh, Hindiyye ve Feyziyye)*

Bu fıkrada "mürtehinin izniyle" denilmesi 729. madde şerhinde beyân ve îzâh olunan birinci hükme mübtenîdir.

735. MADDE

[**Râhin-i müste'îr gerek ber-hayât bulunsun, gerek fekk-i rehinden mukaddem fevt olsun rehn-i müste'ârın mukābili olan borç**] tamamen râhin-i müste'îr, yahut mu'îr, yahut vereseleri veya ecnebî tarafından [**edâ**] veya dâyin cânibinden ibrâ veya medyûna hîbe, hulâsa rehin fekk [**olunmadıkça, mu'îr olan kimse malını mürtehinden alamaz.**] Zîra mu'îr kendi malına, deyn-i müste'îrin ta'allukuna razî olup, rehnin hükmü ise 729. maddede zikrolunduğu üzre mürtehinin onda hakk-ı habsi bulunmaktadır.

Râhin-i müste'îrin vefâtı halindeki hüküm madde-i âtiyede îzâh olunur.

Fakat rehn-i müste'âr tahlîs ile kendisine teslîm etmek üzre mu'îrin râhin-i müste'îri muâhazeye hakkı vardır. (732. maddeye bakınız.) Yâni mu'îr, hâkime bi'l-mürâca'at râhin-i müste'îri tahlîsa icbâr ve rehni kurtarıncaya kadar habsini taleb edebilir. *(Fetâvâ-yı İbni Nüceym)*

10 El-yevm mer'î bulunan usule göre bu gibi emvâl icrâ dâireleri marifetiyle satılıp deyn tesviye olunur. Medyûna habs ile tazyik ve cebr edilmez..

Şerhan işâret olunduğu üzre, rehn-i müste'ârın mukābili olan borcu edâ ile malını tahlîsa mu'îrin hakkı vardır. Fakat mezkûr borcu bit-tamâm edâ etmelidir. Hatta müste'îr, müste'ârı kendi malıyla birlikte rehn ettiğinde, mu'îr yalnız müste'âra isâbet eden hisse-i deyni te'diye ile kurtaramaz. Kâmilen deyni edâya mecbûrdur. (732. maddeye ve şerhine bakınız.)

Mu'îr vefât etse yine rehn-i müste'âr alâ halihi merhûn kalır. Mu'îrin vârisi, kable edâi'd-deyn müste'ârı istirdâd edemez. Zîra bu istirdâdda mürtehinin yedini izâle ve hakkını ibtâl vardır. *(Tekmile-i Bahr)*

Nitekim mürtehin vefât etse, rehn-i müste'âr, veresesi nezdinde merhûn kalacağı gibi. (733. maddeye bakınız.)

Hulâsa; rehn-i müste'ârın rehniyyeti mu'îrin ve müste'îrin ve mürtehinin yâni bunlardan bazısının veya cümlesinin vefâtiyle bâtıl olmaz.

736. MADDE

[**Râhin-i müste'îr olan kimse**] gāib yahut [**müflis-i medyûn olduğu halde fevt olsa**] da 732. madde vechile mu'îrin onu muâhaze etmesi mümkün olmasa [**rehn-i müste'âr**] râhin-i müste'îrin hayâtında olduğu üzre [**alâ halihi merhûn**] olarak [**kalır.**] Binâenaleyh, mürtehin alacağını kâmilen istîfâ edinceye kadar habs-i rehinde devam eyler. (729. maddeye bakınız.) İşte bu hükümde rehn-i müste'âr ile gayr-i müste'âr beyninde fark yoktur. [**Fakat**] mürtehin rehni bey' ile semeninden istîfâ-yı hak etmek istese [**mu'îrin rızâsı olmadıkça**] semeninden o deyn îfâ olunmak üzre rehn-i müste'âr âhara [**satılmaz.**] Yâni mürtehin hâkime mürâca'at etse, hâkim rehn-i müste'ârı sattıramaz. Zîra merhûn, mu'îrin mülkü olup, bera-yı rehin i'âre etmesiyle ancak habse râzı olmuştur; yoksa bey'-i rehne değil. (96., 365., 368. maddelere bakınız.) Halbuki müste'ârın gayri rehnin bey'i câiz olduğu 757. maddede mezkûrdür. Nitekim mürtehin edâ-yı deyn ile malını almak üzre mu'îri muâhazeye ve rehni sattırmaya salâhiyyeti yoktur. Zîra hiçbir kimse üzerine kefâlet ve havâle gibi bir sebeb-i şer'î olmaksızın diğerin borcunu ödemek lâzım gelmez. Velev ki, o diğer, baba veya oğul olsun. *(Behce ve Tenkîh)* *Mecelle*'nin 916. maddesinde velîyyü's-sağîra tazmîn ettirilmemesi buna mebnîdir.

[**Ve mu'îr rehni bey' ile**] semeninden [**te'diye-i deyn edecek oldukda, semeni deyne vefâ ederse mürtehinin rızâsına bakılmaksızın**] yâni mürtehin satmağa râzî olmasa bile [**satılır.**] Semeninden mukābili olan deyn te'diye ve fazla kalır ise mu'îre redd olunur. Zîra mürtehinin hakkı, mücerredd merhûnu imsâkda değil, istîfâ-yı deyndedir. Bundan sonra mu'îrin başka malı bulunduğu zâhir olsa mu'îr mürtehine verdiği deyn ile o mala mürâca'at eyler. (732. madde şerhine bakınız.) Fakat rehni satmak üzre, bilâ rızâ'l-mürtehin mu'îre iâde olunamaz. Yed-i mürtehinde mahbûs ve mevkūf iken, merhûn bey' edilerek semeniyle borcu ba'de'l-îfa, merhûn-ı mezkûr müşteriye teslîm edilir.

[**Ve eğer rehnin semeni deyne vefâ etmez**] olduğu anlaşılır [**ise mürtehinin rızâsı olmadıkça satılamaz.**] *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara mine'r-rehin)* Çünkü bu takdirde merhûnun habsinde mürtehin için menfa'at vardır. Şöyle ki mu'îr, merhûna muhtâc olarak îfâ-yı deyne mecbûr yahut tagayyür-i si'r ile merhûnun kıymeti tezâyüd ederek hakkını tamamen istîfâya muktedir olur. (729. madde şerhine bakınız.)

Hulâsa, rehn-i müste'âr, mu'îrin rızâsı olmadıkça asla satılamaz. Ve müste'îrin rızâsına asla bakılmaz ve mürtehinin rızâsına gelince, kıymeti deyne kâfi olduğu takdirde onun da rızâsına hâcet yok ise de, kâfi bulunmadığı sûretde rızâsına hâcet vardır.

737. MADDE

[**Mu'îr, eğer deyni terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa**] müste'îr olan [**râhine bi'n-nefs**] yâni kendi malından [**deynini te'diye ile rehn-i müste'ârı**] yed-i mürtehinden [**tahlîs ve**] mu'îrin terekesine [**reddetmek üzre**] müste'îre [**emir**] ve bunun üzerine müste'îre cebr [**olunur.**] (732. maddeye bakınız.) Zîra mürtehin râhindeki alacağına ve mu'îrin dâyinleri dahi rehn-i müste'ârdan kendi alacaklarını istîfâya zafer-yâb olması için buna cebr lâzım geldi.

Fakat râhinin deyni mü'eccel olduğu sûretde yine râhine fi'l-hal mi cebrolunur, yoksa ecelin ibtâlini mûcib bir gûna sebeb bulunmamakla hulûl-i ecele kadar intizar mı olunur? Fel-yuharrer *(Şarih)*

[**Ve eğer**] râhin-i müste'îrin [**fakrı sebebiyle te'diye-i deynden âciz olur ise, ol rehn-i müste'âr alâ halihi mürtehin indinde merhûn kalır.**] Yoksa, mu'îr müflis olmak sebebiyle merhûn mürtehinden istirdâd olunamaz. (735. maddeye bakınız.)

[**Fakat verese-i mu'îr borcu**] kâmilen [**edâ ile onu**] -rehn-i müste'ârı- [**tahlîs edebilirler.**] Nitekim mu'îr dahi bu hakka mâlik olduğu 732. madde şerhinde beyân olundu.

Mu'îrin dâyinlerinin rızâsı olmadıkça rehn-i müste'âr satılamaz. Nitekim mu'îr ber-hayât olduğunda onun rızâsı olmadıkça satılamayacağı gibi. (Madde-i ânifeye bakınız.) Zîra dâyinlerin adem-i rızâlarında kendilerine fâide vardır. Şöyle ki, rehin satılmayınca müste'îr deyni bi-nefsihi edâ etmek gibi bir vechile deyn-i mezkûr sâkıt olarak merhûn dâyinlere sâlim kalır. *(Tekmile-i Bahr)*

[**Ve mu'îrin dâyinleri**] semeninden mürtehinin borcunun -kendi alacaklarının değil- te'diyesi zımnında [**rehnin bey'ini mutâlebe ettiklerinde semeni**] mezkûr [**deyne vefâ eder ise mürtehinin rızâsına bakılmaksızın satılır**] da mezkûr deyn te'diye edilir. Bu fıkra, mâdde-i ânifenin mu'îr rehni bey' ile te'diye-i deyn edecek .....ilâ âhirihi fıkrası makāmındadır.

[**Ve eğer**] rehnin semeni deyne [**vefâ etmez ise mürtehinin rızâsı olmadıkça satılamaz.**] Bunun sebebi mâdde-i ânife şerhinde beyân edilmişti. Nitekim mu'îr ber-hayât olduğunda hüküm yine minval-ı muharrer üzredir. (Mâdde-i ânife şerhine bakınız.) *(Tekmile-i Bahr)*

738. MADDE

[**Mürtehin**] alacağını istîfâ etmeden yani istîfâ veya ibrâ gibi bir vechile rehin fekk olunmadan [**fevt oldukda rehin onun veresesi indinde merhûn olarak kalır.**] Diğer bir ta'bîrle mürtehinin vefâtiyle rehniyyete halel gelmez. 729. maddedeki hakkı kâmilen vereseye intikāl eyler. (733. maddeye bakınız.) Ve 720. madde şerhinde beyan olunduğu üzre rehnin muhâfazasında verese müşterek olur.

Amma mürtehinin vârisleri gāib bulunur, yahut asla vârisi olmaz ise, rehni bi'l-muhâfaza istîfâ-yı deyn ettikden sonra, rehni râhine reddetmek için hâkim bir vasî nasb ve tâyin eder. Ve bu vasî ber-vech-i meşrû' rehni muhâfaza eder. Ve istîfâ-yı deyn ettikden sonra merhûnu râhine redd ve iâde eyler.

739. MADDE

[**İki kimseye olan deyni için**] 720. maddeye mebnî [**bir rehin vermiş olan râhin, birine olan deynini edâ etse,**] rehnin küllîsi diğer dâyin nezdinde ke'l-evvel merhûn olarak kalır. [**Rehnin**] tekmîlini veya [**nısfını**] yani borcunu te'diye etmiş bulunduğu mürtehine aid bulunan kısmını [**istirdâd edemeyip ikisinin dahi alacağını tamamen îfâ etmedikçe rehni tahlîsa salâhiyyeti yoktur.**] Velev ki merhûn iki saat olmak gibi kābil-i kısmet olsun. Diğer bir tâbirle bu rehin olduğu gibi iki dâyin yedinde merhûn olarak bâkī ve akd-i rehin ikisi hakkında dahi mevcud olur. Binaenaleyh bir dâyin hissesini istîfâ ettikden sonra rehn-i mezkûr diğer dâyin nezdinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa yine 720. madde şerhinde beyân olunduğu üzre mezkûr rehin iki deyn nisbetinde mazmûn olacağından, alacağını istîfâ eden dâyin aldığının sâkıt olan mikdârını medyûna iâde etmesi lazım gelir. Ta ki, hakkında istîfâ tekerrür etmesin. Nitekim 741. madde şerhindeki lâhikada beyân olunur. *(Mecma'u'l-enhur ve Abdülhalîm)* Yani telef olan rehnin kıymeti hisse-i deyne müsâvî veya zâid olur ise, medyûn îfâ ettiğinin küllîsini istirdâd edip, amma kalîl olur ise fazla mikdârı istirdâd edemez, yalnız kıymet-i rehn miktarını istirdâd eder. Hakk-ı istirdâdı olmasının sebebi şudur: Merhûn yed-i râhine vâsıl olmadıkça ikisinin dahi irtihânı bâkī olup istîfâ-yı deyn eden mürtehin, rehnin diğer mürtehin yedinde telef olmak bahânesiyle zamân-ı rehinden halâs olmaz. Çünkü bu iki mürtehinden biri diğerine nisbeten adl gibidir. *(Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)* Amma diğer dâyin nezdinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olmayıp da onun ta'addı veya taksîri ile telef olduğu sûretde bunun hükmü 741. madde ile şerhinde îzâh olunur.

740. MADDE

[**İki medyûnundan**] 721. madde vechile [**bir rehin almış olan kimse ikisinde olan alacağını tamamen istîfâ edinceye dek, rehni imsâk edebilir.**] Hatta râhinlerden biri kendine aid olan borcunu te'diye etmesiyle küll-i rehni istirdâd edemeyeceği gibi, kendine aid olan kısmını dahi istirdâd edemez. *(Behce ve Redd-i muhtâr)* Velev ki rehin kābil-i taksîm olsun. Zira bu vechile hakk-ı istirdâdı olsa imsâk ve habsde mürtehin üzerine tefrîku's-safka lazım gelir.

Meselâ bir kimsenin iki kimesneden münâsafeten olarak iki bin kuruş alacağı olmakla, o iki kimesne beynlerinde münâsafeten müşterek bulunan bir saati ba'de't-terhîn birisi, kendine aid bulunan bin kuruşu îfâ etse, merhûn saatin nısfını istirdâd zımnında, "Saat bir gün bende ve bir gün de mürtehinde dursun." diyemez. Belki mürtehin küll-i deyni istîfâ edinceye dek merhûnun küllîsini habs ve imsâk edebilir. Râhinlerden biri hisse-i deyni îfâdan sonra merhûn yed-i mürtehinde telef olsa mürtehinin, sâkıt olan mikdâr deyni râhine reddetmesi lazım gelir.

Fakat o iki kimesneden birisi gāib olduğunda, hâzır olan küll-i deyni îfâ ile merhûnu istirdâd edebilir. Ve bu îfâda müteberri' olmaz. Merhûndan şerîkinin hissesi yedinde merhûn hükmünde olarak deynden şerîk râhine aid kısmını şerîkinden istîfa edinceye kadar imsâk edebilir ve bu halde o saat yedinde telef olduğunda, râhin-i müeddînin şerîkindeki alacağı sâkıt olur.[11] Meğer ki deyn, merhûnun kıymetinden ekser olsun. O halde merhûnun kıymetinden fazlasının nısfını şerîkinden ister. *(Hâniyye)*

741. MADDE

[**Rehni râhin itlâf yahut ta'yîb etdikde**] bedelini [**zâmin olması lazım geldiği gibi mürtehin**] rehni [**itlâf**] yahut âhara i'âre, veya îdâ', veya icâre veya isti'mal gibi bir vechile rehne vukū' bulan ta'addîsiyle, rehin telef ve zâyi' [**yahut**] rehni [**ta'yîb etdikde dahi kıymeti mikdârı, deynden sâkıt olur.**] Zîra hem râhin hem de mürtehinin merhûndaki hakkı muhterem olmakla, telef veya ta'yîb eden, diğerin hakkını zâmin olur ki; sûret-i zamân esnâ-yı şerhde tafsîl olunur. *(Ebussuud)*

"Mürtehin, itlâf veya ta'yîb etdiğinde" deniliyor. Zîra merhûn, bilâ-ta'add velâ taksîr yed-i mürtehinde telef olsa, yine mürtehin üzerine mazmûn ise de bu, zamân bi-gayrihi olup, amma meselâ itlâf halindeki zamân, zamân bi-nefsihidir.

Bu madde dört hükmü müştemil olmakla, kemâ-yenbeğî anlaşılmak için ahkâm-ı mezkûre ber-vech-i âtî îzâh olunur.

---

11 فان قبض ولم يمنع من الشريك حصته من المال المشترك فهلك المال المذكور فى يده فانه يهلك بجميع الدين, خانيه.

Rehnin itlâfı:

Hükm-i evvel: Rehni, râhin itlâf etdiğinde bakılır: Deyn eğer mü'eccel ise râhin rehnin bedelini zamin olur. Yani deynin vakt-i edâsı henüz hulûl etmemiş ise mezkûr rehin kıyemiyyâttan ise, yevm-i itlâfındaki bâliğan-mâ belağ kıymetini [12] ve misliyyattan ise mislini, mürtehin râhinden alıp, bedel-i merkūm, deynin eceli hulûl edinceye kadar yedinde merhûn olur.

Sual: Merhûn, râhinin mülkü olup, mülk sahibi kendi mülkünde keyfemâ-yeşâ tasarrufa ve hatta onu tazyî' ve itlâfa muktedir olmakla bu mes'elede râhine zamân lazım gelmemeli idi.

Cevab: Mürtehinin mezkûr rehne 729. maddedeki hakkının ta'alluku hasebiyle, râhin hakk-ı zamânda ecnebi gibi olur. Yani itlâf eden ecnebi olunca zâmin olacağı gibi, râhin olunca ona da zamân lazım gelir. *(Tenkīh ve Ebussuud)*

Bundan sonra ecel-i mezkûr hulûl etdiğinde, bedel-i merkūm gerek mislinin ve gerek kıymetinin bedeli olsun, alacağı cinsinden ise, mürtehin ondan alacağını alır. Zîra dâyin, medyûnunun alacağı cinsinden olan malına zafer-yâb olduğunda ondan matlûbunu bilâ-izni'l-medyûn istîfâ edebilir. *(Dürer)* Ve artarsa ziyâdesini râhine reddeder. Ve bilâkis noksan gelirse, noksan miktarını dâyin, medyûnu bulunan râhinden ayrıca ister. Amma deyn mü'eccel olmayıp, hâl yani peşin olur, yahut mü'eccel ise de eceli hulûl eylemiş bulunur ise, zâmin olmayıp deynin küllîsini mürtehine te'diye etmesi lazım gelir. Çünkü bu takdirde zamân-ı rehinde bir fâide yoktur.

Râhinin ta'yîbi:

Hükm-i sani: Rehni, râhin ta'yîb etdiğinde, ta'yîb ile merhûna ârız olan noksan mikdârı zâmin ve noksan-ı mezkûrün bedel-i zamânı, yedinde merhûn olur; eğer alacağı mü'eccel ise. Ve eğer alacağı mu'accel ise, gerek zâten mu'accel olsun ve gerek esâsen mü'eccel iken vakt-i edâsı hulûliyle mu'accel hükmünü almış olsun, noksan-ı mezkûrün bedel-i zamânı dâyinin alacağının cinsinden ise, mezkûr bedeli alacağıyla mahsûbunu icrâ edebilir. İmdi bununla deyn kâmilen ödenir ise, bâkīsini yani merhûnu râhine reddetmesi lâzım gelir. Ve illâ kemâ fi's-sâbık rehin olmak üzre yedinde imsâk ve bâkī alacağını râhinden taleb eder.

Mürtehinin itlâf ve inkârı:

Hükm-i sâlis: Rehni mürtehin itlâf etdiğinde, kıymet-i mikdârı deyn sâkıt olur. Eğer alacak zâten mu'accel bulunmuş, yahut fi'l-asl mü'eccel olup eceli hulûl eylemiş ise, diğer bir tâbirle, hâkim bedel-i zamânı cins-i deyn ile hükmetdiğinde, mücerred hükm-i mezkûr

12 Velev ki bu kıymet deyn-i mü'eccelin miktarından ziyade olsun.

ile takas vâki' olur. *(Şerh-i Mecma')* Ve bedel-i zamân cins-i deynin gayrisi ise deyn sâkıt olmaz; bedel-i mezkûr asıl rehin makāmına merhûn kalır. Derâhim ve denânîr muhtelifü'l-cins addolunmuştur. *(Redd-i muhtâr)* Amma alacak mü'eccel ise, kıymetini zâmin olur. Yani kıyemiyyâttan olduğu takdirde, mürtehin yevm-i itlâfındaki kıymetini zâmin olarak kıymet-i mezkûre asl-ı rehn gibi mürtehin yedinde merhûn olur. Deynin vakt-i edâsı hulûl etdiğinde, mezkûr kıymet deyn cinsinden ise, ber-tafsîl-i sâbık deyniyle takas edebilir. Rehn-i mezkûrün kıymeti deynden ziyâde ise, mürtehin ziyâde-i mezkûreyi dahi zâmin olur. Zîra merhûnun mikdâr-ı deynden ziyâdesi emânetdir. Emânet ise bu vechile bi't-ta'addî telef olduğunda mazmûn olur. (401. ve 787. maddelere bakınız.) Yoksa bu ziyâdenin zamânı, akd-i rehn sebebiyle değildir. *(Ebussuud)* Rehn-i mezkûrün kıymeti deynden noksan ise, mürtehin alacağının üst tarafını râhinden alır. *(Redd-i muhtâr)*

Rehn-i mezkûr misliyyâtdan olduğu takdirde, mürtehin onun mislini zâmin olarak, asl-ı rehn makāmında yine yedinde merhûn olur.

Mürtehinin rehni inkâr etmesi itlâf hükmündedir. (779. maddeye bakınız.) Meselâ râhin bin kuruş borcu mukābilinde, iki bin kuruş kıymetli şöyle bir malını bu kimseye rehin ve teslîm ettiğini da'va ve mürtehin rehni bi'l-küllîyye inkâr edip mezkûr rehin meydanda olmasa, lede'l-isbât deyn kâmilen sâkıt olacağı gibi, mütebâkī bin kuruşu dahi râhine zâmin olur. *(Behce)*

Sual: Mürtehinin rehni itlâf eylemesi üzerine, ber-vech-i meşrûh yevm-i itlâfdeki kıymetini zâmin olması, âtîde beyân olunacak olan "Rehnin mürtehin yedinde yevm-i kabzındaki kıymetiyle mazmûn olur." mes'elesine münâfîdir.

Cevab: Münâfî değildir; zîra mürtehinin bu mes'elede yevm-i itlâfdaki kıymetini zâmin olması, zamân-ı itlâf ve gasbdır. Amma mes'ele-i âtiye vechile, rehnin mürtehin yedinde yevm-i kabzındaki kıymetiyle mazmûn olması zamân-ı rehindir. Bu iki zamân beyninde münâfât olmayıp, mürtehine nisbetle ictimâ' edebilir. Şöyle ki, bin kuruş deyn mukābilinde muharremde terhîn edilen malın kıymeti vakt-i terhînde bin kuruş iken, terâcu'-i si'r ile recebde altı yüz kuruşa tenezzül ettikden sonra, mürtehin, mezkûr rehni itlâf etse, yevm-i itlâfındaki kıymeti olan altı yüz kuruşu zamân-ı gasb ile, ve bundan mütebâkī dört yüz kuruşu dahi zamân-ı rehn ile zâmin olacağından, borç kâmilen te'diye edilmiş itibâr olunur. *(Mecma'u'l-enhur ve Hâniyye)*

Mürtehinin rehni ta'yîbi:

Hükm-i râbi': Mürtehin rehni ta'yîb etdiğinde kıymeti mikdârı, yani ta'yîb sebebiyle merhûna ârız olan noksan kıymet kadarı, deynden sâkıt olur. *(Dürer ve Redd-i muhtar)* İmdi bu bedel-i zamân, deyne müsâvî ise deyn kâmilen ödenmiş olacağı gibi, fazla kalır ise fazla-

sını rehin ile beraber râhine redd ve iâde eder. Ve noksan kalır ise onu da medyûnundan taleb ve rehninden istîfâ edebilir.

Fâide: Mesâil-i ânifede râhin üzerine zamân lâzım geldiğinde, bedel-i zamân râhinden alınarak mürtehine i'tâ edilir. Bunda şâyân-ı tedkīk cihet yoktur. Fakat, mürtehin üzerine zamân-ı gasb ve itlâf lâzım geldiğinde, yani bedel-i zamânı te'diye eylemek iktizâ etdiğinde sûret-i tazmîn mu'teber olmak için ber-vech-i âtî olmak lâzım gelir. Bedel-i zamân mürtehinden alınarak râhine i'tâ olunur. Sonra râhin bu bedel-i zamânı rehin olmak üzre mürtehine verir; yoksa bedel-i zamân mürtehinden kabz edilmedikçe zamân-ı vâki' hükümsüz kalır. Zîra mürtehin bedel-i zamân ile medyûndur. Mürtehinin bu deyni kabz edilmeden, yani elinden alınmadan te'diye edilmek sahih değildir. Çünkü şahs-ı vâhid deyni, hem müeddî hem de kābız olmaz. *(Şarih)*

Mürtehinin ba'de'l-muhalefet vifâka avdeti:

"Mürtehin itlâf yahut ta'yîb..."......ilâ âhirihi denilmesiyle işaret olunuyor ki, mürtehin, râhinin emrine muhâlefet ederek mûcib-i zamân bir şey yaptıkdan sonra kıymet-i rehne noksan gelmeden vifâka avdet ettiğini iddiâ eylediği halde râhin tekzib etse, söz râhinindir. (76. maddeye bakınız.) *(Redd-i muhtâr)*

Ma'lum olmalıdır ki bunda ve emsâlinde "Râhin, zamândan berî olur." demek. "Zamân-ı gasbdan berî olur." demektir. Yoksa rehnin telefinden dolayı lâhıka-i âtiyede beyân olunacağı vechile deynin sukūtiyle olan zamân-ı rehn her halde bâkīdir.

LÂHİKA

Rehnin mürtehin veya adl yedinde telefiyle sükūti deyne dâir mesâil beyânındadır.

Mesâil-i mezkûreye 401. madde şerhinde icmâlen işaret kılınmış ise de, münâsebet-i mevki'iyyeye mebnî bu mesâilin ber-vech-i âtî tafsîline mübâderet olundu.

Eimme-i Hanîfe mezhebi, rehnin deyn ile mazmûniyyetine dâirdir. Fakat İmam Şâfi'î rahimehü'llahü Te'âlâ, rehn, emânet-i mahza olarak mürtehin yedinde telefiyle deynin küllen veya ba'zan adem-i sukūtına kāil olmuş ve müşârun-ileyh makām-ı istidlâlde "Rehn-i istiysâk, yani istîfâ-yı deyni te'mîn için meşrû' kılınmış olduğu halde mazmûn ve binaenaleyh helâkiyle deyn sâkıt olunca tevessük manası fevt olmuş olur." demiştir. İmam Malik rahimehü'llahü Te'âlâ dahi müşârunileyh İmam Şâfi'î rahimehü'llahü Te'âlâ gibi ictihâd eylemiştir. *(Redd-i muhtâr)* ***Bâcûrî*** [13] diyor ki; mezheb-i Mâliki, mazmûniyyet-i rehinde mezheb-i Hanefî gibidir. Bu sûretde Şâfi'î'ye göre rehin yed-i mürtehinde telef olduğunda, mürtehin

13 Bu kitab mezheb-i Şâfi'î üzre yazılmış fıkıh kitabıdır.

onu zâmin olmaz. Telef, gerek deynden berâetden sonra ve gerek evvel olsun; meğer ki mürtehin taʿaddî etmiş olsun. Deynden berâetden sonra, râhin, merhûnu taleb etmişken vermemek ve mürtehin, merhûnu istiʿmal eylemek gibi ahvâl taʿaddîdir. İntehâ...

Rehnin telefiyle sukūt-ı deyn, rehnin ahkâm-ı umumiyye ve mühimmesinden olduğu halde, Kitâb-ı rehinde ne sarâhat ve ne de işaret ile bir şey yazılmamış iken, Kitâb-ı Şirket'de 1108. maddede rehnin telefiyle sukūt-ı deyn tasrîh kılınmıştır.

Edille-i Hanefiyye: Eimme-i Hanefiyye, rehnin mazmûniyyetini Sünnet, İctimâʿ-ı ümmet ve delîl-i aklî ile istidlâl eylemişlerdir.

Sünnet: Rasûl-i adâlet-karîn sallallahü Teʿâlâ aleyhi vesellemden rivayet olunan şu hadis-i şerîfdir. ***"İnne racülen irtehene feresen femâte'l-feresü fî yedi'l-mürtehin fe-kāle Rasûlüllah sallallahü teʿâlâ aleyhi vesellem zehebe hakkuk»*** bu hadis-i âlî, ziyâ-ı rehn ile butlân-ı deyne delâlet eyler. *(Şiblî)*

İcmâʿ-ı ümmet: Rehnin mazmûniyyetinde icmâʿ-ı ümmet vâkiʿ olmakla rehnin emânet olmasına kāil olmak hark-ı icmâʿdır.[14] *(İnaye)*

Delil-i aklî: Rehin, berâ-yı deyn makbuzdur. Deyn kabz edildiğinde mazmûn ve binâenaleyh dâyin ile medyûn beyninde takas vâkiʿ olur. Kabz-ı deyn mazmûn olunca berâ-yı deyn makbuz olan rehin dahi deyne mülhak ve lizâlik o da mazmûn olur. Sevm-i şirâ tarîkıyla kabz olunan mal, baʿde'l-beyʿ kabz kılınan mal gibi mazmûn kılındığı misillü.[15]

Envâ-ı zamân: Envâ-ı zamân üçdür.

Birincisi: Zamân-ı gasbdır. Zamân-ı gasb kıymetiyle ve bedeliyle mazmûn olan şeydir. Bunun tafsîlâtı Kitâb-ı Gasb'da gelir.

İkincisi: Zamân-ı mebîʿdir. Zamân-ı mebîʿ semen ile mazmûn olan şeydir. Semen-i mezkûr, gerek kalîl ve gerek kesîr olsun. Bu da Kitâb-ı Büyûʿ 'da beyân olundu.

Üçüncüsü: Zamân-ı rehindir. Zamân-ı rehin kıymet-i merhûn ile deynden ekall ile mazmûn olan şeydir. *(Taʿrîfât-ı Seyyid)* Bunun tafsîlâtına ber-vech-i âtî mübâşeret olunur.

Rehinde iki itibar vardır:

İtisar-ı evvel: Rehnin aynıdır. Rehnin aynı mürtehin yedinde vedîʿa gibi emânetdir. Buna müteferriʿ mesâil ber-vech-i âtîdir.

Evvelen: Her fiʿil ki, o fiʿli müstevdaʿ ve vedîʿada îkāʿ etdiğinde zamân lâzım gelmez; mürtehin o fiʿili rehinde îkāʿ etse zamân lâzım gelmez. Meselâ mürtehin, merhûn yüzüğü cebinde muhâfaza etse de telef olsa zâmin olmaz. Zîra bu mu-

14 El-hark: Bi'l-feth. Yırtmak.

15 دفعا للضرر عن مالك العين, شرح المجمع لابن ملك.

amele, muhâfaza olup, zâten mürtehin dahi muhâfazaya me'murdur. Nitekim, merhûn ten gömleği olup da mürtehin onu omuzuna assa da telef olsa zâmin olmaz. Zîra bu muamele hıfzdır; yoksa istiʿmal değildir. *(Hâniyye)* Nitekim 722. madde şerhinde dahi zikrolundu.

Saniyen: 724. maddede beyân olunduğu üzre rehnin nafakası râhine aiddir. Vedîʿanın nafakası mûdiʿa ait olduğu gibi...

Sâlisen: Rehin telef olduğunda râhinin mülkü olmak üzre telef olur. Hatta mürtehin yedindeki, merhûn hayvan telef olunca denize atmak masârifi dahi râhine aiddir. *(Redd-i muhtâr)*

Râbian: Kabz-ı rehin, kabz-ı şirâ makāmına kāim olmaz. Zîra rehin emânet olmakla ondaki kabz dahi emânet olduğundan, kabz-ı emânet, aʿlâ olan kabz-ı zamân makāmına kāim olmaz. (262. madde şerhine bakınız.)

Hâmisen: Her fiʿil ki müstevdaʿ o fiʿili vedîʿada îkāʿ etdiğinde müstevdaʿ üzerine zamân lâzım gelir. Mürtehin o fiʿili rehinde îkāʿ etse, mürtehine dahi zamân-ı gasb lâzım gelir. Meselâ vedîʿa, âhara iʿâre, îcâr ve terhîn edilemeyeceği gibi, rehin dahi âhara iʿâre, îcar ve terhîn olunamaz. *(Bezzâziyye)* Hatta, mürtehin rehni bilâ-izni'r-râhin âhara iʿâre, veya îdâʿ, veya îcar, veya istiʿmal, veya rehin etse, taʿaddî etmiş olmakla telefi takdirinde zamân-ı gasb ile zâmin olur. *(Tenkīh)*

Sâdisen: Mürtehin mücehhelen vefât etse 801. maddede olduğu gibi cemîʿ kıymetin zamânı lâzım gelir. Bu halde kıymeti deynden ziyâde olunca, deyn sâkıt olup ziyâdesi mürtehinin terekesinden râhine te'diye olunur. *(Tenkīh)*

Sâbiʿan: Râhin bin kuruş borcu mukābilinde iki bin kuruşluk malını bu kimseye rehin ve teslîm ettiğini iddiâ ve lede'l-inkâr, isbat ettiği halde o kimsenin rehni ne yaptığı bilinmez ise, mürtehin küll-i kıymetini zâmin olur. Binâenaleyh, bin kuruşluk mahsûbu bi'l-icrâ, mütebâkī bin kuruşun zamânen râhine reddi lâzım gelir. *(Hindiyye)* (901. maddeye bakınız.)

İʿtibâr-ı sani: Rehnin mâliyetidir. Rehnin mâliyeti mazmûndur. İmdi vedîʿanın bilâ-taʿadd velâ taksîr telefiyle müstevdaʿa hiçbir şey lâzım gelmediği halde -rehnin velev ki bilâ-taʿadd velâ taksîr- telefiyle mukābili olan deynin kıymet-i rehn miktarınca sukūtunu icab eder.

Bu itibar üzerine müteferriʿ bâzı mesâil ber-vech-i zîr beyân olunur.

Evvelen: Rehnin yevm-i kabzındaki kıymeti deyne müsâvî olduğu halde mürtehin yedinde telef olsa, mukābili olan deyn, rehnin yevm-i kabzında istîfâ edilmiş addolunur. Yani vakt-i mezkûrde istîfâ edilmiş addolunarak istîfâ tarîkı ile deyn sâkıt olur. Buna, istîfâ-yı hükmî ıtlak olunur. *(Şerhu'l-Mecmaʿ)* Ve artık râhin mürtehinden ve mürtehin râhinden bir şey taleb edemez. *(Tenvir ve Mecmaʿu'l-enhur)* (399. maddeye bakınız.) Hatta râhin îfâ-yı deyn ettikden sonra, yed-i mürtehinde bulunan merhûn zâyiʿ olsa, dâyin, aldığı deyni medyûna iâde etmesi lâzım gelir. Zîra helâk-i

rehn ile mürtehin alacağını, rehni kabz ettiği zeman, istîfâ eylediği tebeyyün etti. Binâenaleyh, ikinci defa alacağını alması, istîfâ ba'de'l-istîfâ olduğundan makbûzu bulunan alacağı râhine redd ve iâde eylemesi lâzım gelir. *(Tenkīh ve Zeyla'î)* Hatta on altın mukābilinde, on altın kıymetinde bulunan saat rehn edildikten sonra, râhin altı altın borcunu bi'l-edâ; saat, bâkī bulunan dört altın mukābilinde rehin olsun dese de, bundan sonra merhûn, yed-i mürtehinde telef olsa, bu sözün hükmü yoktur. Yine küll-i deyn mukābilinde telef ve mürtehin üzerine altı altını râhine iâde eylemesi lâzım olur. *(Ankaravî)*

Sâlisen: Bir kimse diğer kimesnenin deynini teberru'an te'diye ettikten sonra mukābili olan rehin, râhine reddolunmadan mürtehin yedinde telef olsa, deyn sâkıt olmakla, mürtehin, o kimseden kabz ettiği alacağı yine o kimseye redd ve iâde eder. Yani bu para ke'l-evvel mülk-i müteberri'a avdet eyler. *(Ankaravî fi'l-müdâyenât)* Zîra deyn, helâk-i rehn ile vakta ki sâkıt oldu; müteberri'in deyn-i gayr-i vâcibi edâ eylediği tebeyyün etti. Ve binâenaleyh, onun müteberri'a reddi lâzım geldi. *(Şerhu'l-Mecma')*[16]

Râbi'an: Medyûn bin kuruşluk malını, bin kuruş borcu olan dâyinine deyni mukābilinde rehn ve teslîm ettikten sonra, medyûn, mezkûr deyniyle dâyinini kendisinin bin kuruş alacağı bulunan âhar şahıs üzerine havâle-i mukayyede ile havâle ettiği halde, râhin rehni istirdâd etmeden dâyin yedinde mezkûr rehin telef olsa, deyn sâkıt olacağından havâle dahi batıl olur. Binâenaleyh, muhîl, muhâlün-aleyhdeki alacağını ondan, yani muhâlün-aleyhden alır. *(Bezzâziyye ve Fetâvâ-yı İbni Nüceym)*

Hâmisen: Bâzı rehin telef olsa, o nisbetde deyn sâkıt olur. Şöyle ki yed-i mürtehinde merhûnun bir miktarı telef olsa, hâlik olan rehnin kıymeti deyne müsâvi veya ziyâde olsa bile o nisbetde deyn sâkıt olur. Meselâ bir kimse, iki yüzüğü bin kuruş mukabilinde rehn ve teslîm ettikden sonra bir yüzük telef olsa, deynden o yüzüğe isâbet eden miktar sâkıt olur. Şöyle ki: Telef olan yüzüğün kıymeti bin kuruş ve bâkī kalan yüzüğün kıymeti dahi iki bin kuruş olunca, deynin yani bin kuruşun yalnız sülsânı bâkī kalıp mütebâkī sâkıt olur. Yoksa telef olan yüzüğün kıymeti bin kuruş olması deynin kâmilen sükūtunu icab ettirmez.

Sâdisen: Bir kimse yüz kuruş borcuna mukâbil dört yüz kuruş kıymetli kürkü rehin ve teslîm edip de, kürk mürtehin yedinde iken onu güve ifsâd ederek kıymeti yüz kuruşa tenezzül etse, deynin yalnız üç rub'u sâkıt olur. Medyûn, yirmi beş kuruşu dâyine bi'l-edâ kürkü istirdâd eder.[17]

16 رجل عليه دين وكفل انسان باذن المديون فاعطى المديون لصاحب الدين رهنا بذلك المال ثم قضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن عند الطالب فان الكفيل يرجع على الاصيل ولا يرجع على الطالب ويرجع المطلوب على صاحب الدين بدينه, خانيه.

17 لان كل ربع من الفرو مرهون بربع الدين وقد بقى من الفرو ربعه فبقى ايضا من الدين ربعه. تنقيح.

Sâbian: Bin kuruş mukābilinde bir hâne rehn edildiğinde, hâne harab olarak arsa-i sırfa kalsa, deyn, bina ve arsanın yevm-i kabzındaki kıymetlerine bi't-taksîm, binaya isâbet eden miktar sâkıt olup, arsaya isâbet eden miktar bâkī kalır.[18]

Sâminen: Dâyin, asilden rehin aldığı gibi kefilden dahi rehin alsa da, mezkûr rehinler yek-diğerini müteâkıb telef olsalar, her birisi deyne kâfi olsa bile, asil ile kefilden her biri deynin küllîsiyle mutâleb olduğu cihetle, rehn-i sânî ziyâde-fi'r-rehn addolunmakla, hangisi telef olur ise deynden hissesiyle telef olur. Bina-berîn deyn, rehn-i evvel ve sânî üzerine ve kıymetlerine göre inkısâm edeceğinden kıymetleri müsâvi olur ise, merhûn nısf-ı deyn ile helâk olur. *(Hâniyye)* Nitekim 713. madde şerhinde dahi beyân olundu.

Rehnin mürtehine ve ecnebiye nisbetle onda muʿteber olan kıymet:

Rehnin kıymetinde mürtehine nisbetle muʿteber olan, bâlâda îzâh olunduğu üzre yevm-i kabzındaki kıymetdir. Yoksa mürtehine nisbetle yevm-i helâkdeki kıymet muʿteber değildir. Nitekim 713. madde vechile rehne ziyâde olunduğunda asıl rehnin yevm-i kabzındaki kıymeti muʿteber olduğu gibi ziyâde-i mezkûrenin dahi hükm-i ziyâdeden dolayı yevm-i kabzındaki kıymeti muʿteberdir.

Buna müteferriʿ mesâil şunlardır:

Evvelen: Bir kimse bin kuruş borcu mukābilinde bin kuruşluk malını mürtehine rehin ve teslîm ettikden sonra, mürtehin, rehn-i mezkûrü râhine iâde edip, bir müddet sonra tekrar istirdâd ettiğinde, istirdâd sûretiyle kabz ettiği zemanda rehn-i mezkûrün kıymeti beş yüz kuruş bulunsa da bundan sonra yed-i mürtehinde telef olsa, bin kuruşla telef olur.[19]

Amma ecnebiye nisbetle yevm-i itlâfındaki kıymet muʿteberdir. Binâenaleyh, bin kuruş deyn mukābilinde bin kuruşluk bir mal rehin ve teslîm edildikten sonra, mezkûr mal mürtehinin yedinde iken, terâcuʿ-ı siʿr ile kıymeti altı yüz kuruşa tenezzül edip de baʿdehû bir ecnebî bunu itlâf eylese, o ecnebî altı yüz kuruşu zâmin olur. Ve yevm-i kabzındaki fazla kıymeti bulunan dört yüz kuruşu dahi mürtehine nisbetle zamân-ı rehn ile mazmûn olduğundan, mürtehin ecnebîden bedel-i mütlef bulunan altı yüz kuruşu aldığında, alacağı kâmilen istîfa eylemiş olur. *(Mecmaʿu'l-enhur ve Hâniyye)*

Sâniyen: Bir kimse bir malı ayıpdan salim olmak üzre bir deyn mukābilinde terhîn ettiği halde, mezkûr mal muʿayyeb olduğu anlaşıldıktan sonra telef olsa, mâl-i mezkûrün muaʿyyeb iken yevm-i kabzındaki kıymeti deyne vefâ ettiği takdirde tafsîlât-ı ânife mucebince yine küll-i deyn sâkıt olur. *(Hindiyye)*

Sâlisen: Rehnin yevm-i kabzındaki kıymeti deynden nâkıs olduğu halde mürtehin yedinde telef olsa, kıymeti miktarı deynden sâkıt olur. Ve mürtehin üst tarafını

---

18 ولو رهن شيئين فاستحق احدهما عند المرتهن او ظهر حرا يهلك الآخر بحصته من الدين, رد محتار وخانيه.

19 بخلاف الغصب اذا تكرر بعد الرد حيث يعتبر الثانى لانه الموجب لا الاول لانتساخه, بزازيه فى الثالث من الرهن.

râhinden ister. Zîra istîfâ, mâliyet miktariyledir. *(Redd-i muhtâr)* (400. maddeye bakınız.) Meselâ bir kimse bin kuruş borcu mukābilinde beş yüz kuruşluk bir malını rehn ettikden sonra, rehin, yed-i mürtehinde telef olsa, beş yüz kuruş sâkıt olur. Ve mütebâkī beş yüz kuruşla, mürtehin, râhine müracaat eyler. *(Dürer)*

Râbi'an: Rehnin kıymeti deynden ziyâde olduğu halde mürtehin yedinde telef olsa, deyn kâmilen sâkıt olur. Deynden fazla miktara gelince rehn-i mezkûrün telef olması, mürtehinin ta'addîsiyle olur ise 741. maddeye mebnî mürtehin o ziyâdeyi dahi zâmin olur. *(Redd-i muhtâr)* (701. maddeye bakınız.) Diğer bir tâbirle, rehnin deynden fazla miktarını dahi mürtehin, yevm-i itlâf ve zeman-ı ta'addîsindeki bedelini zâmin olur. (912. maddeye bakınız.)

Ve eğer bilâ-ta'add velâ taksîr telef olmuş ise 768. maddeye mebnî o ziyâdenin, mürtehin tarafından ödenmesi lâzım gelmez. O ziyâdenin telef ve helâkinin sübûtu gerek beyyine ile ve gerek mürtehinin maa'l-yemîn kavliyle olsun. Yâni iki sûretde dahi merhûn, deyn ile kıymetden ekall ile mazmûn olur. *(Ebussuud)* Çünkü yed-i mürtehin, yed-i istîfâdır. Zamân ise müstevfî mikdâriyledir. Şöyle ki bir kimsenin borcu, ancak on altın iken, dâyinine bir kese içinde yirmi altın verse de yed-i dâyinde cümlesi telef olsa, dâyin, mikdâr-ı deyni zâmin olacağından on altın borç ödenmiş olur. Amma ziyâdesi nezd-i dâyinde emâneten telef olur.

Rehnin deynden ziyâdesi bera-yı zarûret merhûn oldu. Zîrâ bi-dâni'z-ziyâde aslın habsi mümteni' olur. Zaruret ile sabit olan 22. madde hükmünce zaruret mikdariyle takdir olunur. Yani zaruret yalnız ziyâde-i mezkûrenin merhûniyyetinde ve mahbûsiyyetinde sabittir. Yoksa asıl gibi mezkûr ziyâdenin mazmûniyyetinde zaruret koktur. Çünkü rehnin maa ademi'z-zamân bekāsı mümkündün. Râhin, rehni mürtehinden isti'âre etmesi halinde olduğu gibi. Bu isti'âre halinde rehin bâkī iken merhûn bi-hükmi'l-isti'âre yed-i râhinde bulundukça mürtehin üzerine zamân yoktur. *(İnaye, Feth, Hidâye ve Kîfâye)*

Meselâ merhûn yed-i mürtehinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, veya sirkat olunsa deyn sâkıt olur. *(Tenkīh)*

Keza mürtehin, merhûn mal bilâ-ta'add telef olduğunu iddiâ etse, deyn sâkıt olur. Merhûnun deynden ziyâde kıymetinde mürtehin emîn olmakla, onun zamânı lâzım gelmez.

Amma mürtehin merhûn koyunu zebh ile istihlak etse, deyn sâkıt ve rehnin kıymeti deynden ziyâde olunca ziyâdesini dahi zâmin olur. Velev ki mezkûr koyun hastalanarak telefinden havf olunmakla zebh edilmiş bulunsun. *(Bezzâziyye)*

Ve kezâ bin kuruş deyn mukābilinde iki bin kuruşluk emtia terhîn edilip de mürtehinin ta'addisiyle o emtiadan bin kuruş değerinde olanı telef olsa, deyn kâmilen sâkıt olacağından, râhin mütebâkī emtiasını mürtehinden istirdâd eder. *(Feyziyye)* (741. madde şerhindeki hükm-i sâlise bakınız.)

Kezâlik, bir kimse on kuruş borcu mukābilinde yirmi kuruşluk elbiseyi rehin ve teslîm ettikden sonra mürtehin râhinin izniyle bir müddet isti'mal etmekle kıymeti on dört kuruşa bi't-tenezzül, ba'dehü bilâ-izin kullanarak kıymetine dört kuruş noksan târî olsa, sonra -yani on kuruş değerinde olarak- telef olsa, mürtehin râhinden matlûbu için yalnız bir kuruş alabilir. Mütebâkī dokuz kuruş deyn sâkıt olur. Zîrâ elbise vakt-i akd-i rehinde nısf-ı deyn ile mazmûn ve nısf-ı diğeri emânet olup fakat râhinin izniyle mürtehin isti'mal ettiği ve mürtehinin bi-izni'r-râhin isti'mali bizzat râhinin isti'mali gibi bulunduğu cihetle bundan dolayı ârız olan noksan dahi gayr-i mazmûn olmakla, bilâ-izin isti'mal ile ârız olan noksan -ki dört kuruştur- mazmûn olur. *(Bezzâziyye ve Redd-i muhtâr)*[20]

Telef-i rehnin ma'nâsı: Rehnin telefi, intifâa salih olmayacak hale gelmesiyledir. Meselâ merhûn olan koyunun ölmesi gibi.

Kezâlik arz-ı merhûn üzerine su basıp göl haline gelse, telef hükmünde olmakla, tafsîlât-ı ânife mûcibince deyn sâkıt olur. Şu kadar ki muahharen su çekilse, kemâ-kân rehin olmak üzre avdet eder. Lakin bu vecih üzre su basıp muahharen çekilmesinden dolayı arz-ı merhûna noksan târî olmuş ise, mezkûr noksan nisbetinde deyn sâkıt olur. *(Hindiyye)*

Nitekim, merhûn hayvan firar etmekle hâkim, sukūt-ı deynle bi'l-hüküm dâyini, deyni müstevfâ "alınmış" addettikden sonra firârî hayvan avdet etse, onun rehniyyeti dahi avdet eder.[21]

Merhûn, yed-i mürtehinden gasb olunduğunda, telef olmuş hükmünde ve binâenaleyh kıymeti miktarı deyn sâkıt olur. Meğer ki merhûn ile intifâa mürtehin 750. madde vechile râhin tarafından me'zun olup da vakt-i intifâ'da gasb edilsin. O halde âriyet olacağından deyn sâkıt olmaz. Ve gasb ile rehne halel gelmeyip, kābil olur ise mürtehin merhûnu gāsıbdan istirdâd edebilir.

A'yân-ı mazmûne mukābilindeki rehin: A'yân-ı mazmûne bi-nefsiha mukābilinde rehn alınmak sahih olduğu 701. madde şerhinde beyân edilmiş idi. İmdi rehnin mukābili bulunan ayn-ı mazmûne bi-nefsiha râhin yedinde aynen mevcud iken rehin, mürtehin yedinde telef olduğunda mürtehin ayn-ı merhûnun-bihâyı kabz ve tesellüm ederek, telef olan merhûn ile mukābili bulunan ayndan hangisinin kıymeti ekall ise onu râhine zâmin olur. Zîrâ ayn-ı merhûnun-bihâ, deyn-i merhûnun-bih menzilinde olmakla; ayn, yed-i mürtehine vâsıl olunca mürtehinin dahi mazmûn mikdârını râhine i'tâ eylemesi lâzım gelir; fazlası emânettir. Amma

20 فما وجب على المرتهن وهو اربعة دراهم يصير قصاصا بقدرها من الدين فاذا هلك الثوب وقيمته بعد النقصان عشرة يكون نصفها مضمونا ونصفها امانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه وبقى درهم واحد فلهذا يرجع على الراهن بدرهم واحد, خانيه.

21 لان قبض الرهن انما يكون استيفاء حقيقة اذا هلك ولما علم انه لم يهلك بقى محبوسا على الرهنية لا ملكا للمرتهن, شرح المجمع وخانيه. والفرس الغصب اذا فر وقضى القاضى على الغاصب بالقيمة ثم عاد من الفرار فانه يعود على الملك الغاصب, خانيه.

ayn-ı merhûnun-bihâ telef olup rehin bâkī olunca; rehin, aynın kıymet ve bedeli mukābilinde merhûn olur. Zîrâ aynın kıymeti bedelinden ibâret ve bir şeyin bedeli o şey makāmına kāimdir. *(Lisanü'l-hükkâm ve Hindiyye fi'l-babi'l-evvel fi'l-fasli's-sâlis)* Bundan sonra rehin helâk olduğunda, bu rehin, merhûn-ı mezkûrün kıymetiyle o aynın kıymetinden ve bedelinden ekall ile mazmûn olur. Hatta ayn-ı merhûnun-bihânın kıymeti, rehnin kıymetinden ziyâde olunca, mürtehin o ziyâde ile râhine müracaat edebilir. Bilâkis rehnin kıymeti o aynın kıymetinden ziyâde olur ise, râhin o ziyâde ile mürtehine müraca'at edemez.[22]

Müslemün-fîh mukābilindeki rehin: Müslemün-fîhe mukābil rehin alınmak dahi sahihdir. Bu takdirde rehin, mürtehin yedinde telef olduğunda, akd-i selem tamam ve rehin müslemün-fîhe ivaz olur. *(Hâniyye)*

Nitekim bu sûretde akd-i selem fesh olunduktan sonra; rehin, râhine reddolunmadan yed-i mürtehinde telef olsa, müslemün-fîh ile telef olur. Yâni mürtehin üzerine müslemün-fîhin redd ve iâdesi lâzım gelir. *(Dürer)*

Re's-i mal seleme mukābil rehin: Müslemün-ileyh rabbüs's-selemden re's-i mal-i selem için rehin aldığında caiz olur. Rehn-i mezkûr o meclisde telef olunca mürtehin re's-i mal selemi istîfâ etmiş addolunarak selem sahih olmak üzre bâkī kalır. Ve rehin o meclisde telef olmayıp iftirâk edince, selem batıl olup, rehn râhine reddolunur. Bedel-i sarf mukābilinde rehinde dahi hüküm böyledir. *(Hâniyye)*

Rehinde adem-i zamân şartı: Rehin, yed-i mürtehinde telef yahut ayıplanarak kıymetine noksan ârız olduğunda, mukābili olan deynin sâkıt olmaması şart edilmiş olsa bile yine rehin sahih, ve şart batıl olur. "83." maddeye ve şerhine bakınız. *(Redd-i muhtâr, Ankaravî ve Hindiyye)*. Meselâ mürtehin, râhine "merhûn zâyi' olunca bilâ şey zâyi' olup deyn sâkıt olmamak şartıyla alırım" demesiyle râhin dahi "evet öyle olsun" dediğinde rehin câiz ve şart batıl olmakla rehin telef ve zâyi' olursa tafsîlât-ı sâbıka vechile mukābili olan deyn sâkıt olur. *(Hâniyye)*

Terâci'-ı es'âr ile merhûnun kıymetinin tenâkusunun hükmü:

Merhûn, yed-i mürtehinde iken terâcu'-ı si'r ile kıymeti tenâkus etse sukūt-ı deyni icab eylemez. *(Hâniyye)* Meselâ iki yüz kuruş mukābilinde, iki yüz kuruş kıymetinde bir mal rehin ve teslîm edildikten sonra mezkûr mal mürtehin yedinde iken, es'ârın tenezzülü ile o malın kıymeti yüz kuruşa inse deynin nısfı sâkıt olmaz. *(Redd-i muhtâr)* Gasbda olduğu gibi 900. maddeye bakınız. Hatta râhin bu malı bey' etmesini mürtehine emredip de o da yüz kuruşa bey' ile semeni kabz etse, mürtehin yüz kuruşu alacağına mahsûb ettikden sonra mütebâkī yüz kuruşu dahi râhinden alır. Şu kadar var ki terâcu'-ı si'rin sukūt-ı deyni icab etmemesi bekā-yı rehn ile meşruttur. Hatta rehn, ba'de terâcu'i's-si'r telef olursa vakt-i kabzdaki kıymetiyle telef olur. Yoksa ba'de't-terâcu' kıymetiyle değil.

---

22 لان الفضل من الرهن امانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه فضل, زيلعى.

Telef veya bey'de ihtilaf: Bu halde râhin "Terâcu'-ı si'rden sonra merhûn yed-i mürtehinde telef olmakla tafsîlât-ı mârre vechile vakt-i kabzdaki kıymet miktarı deyn sâkıt oldu." ve mürtehin veya adl terâcu'-ı si'rden sonra merhûn "760. maddedeki salâhiyyete mebnî satıldı. Binâenaleyh, semen-i müsemmadan fazla deyn bâkīdir." diye ihtilâf ettiklerinde mürtehin veya adlin beyyinesi tercih olunur. ***(Dürer, Redd-i muhtâr ve Hindiyye)***

Ba'de edâi'd-deyn rehin yine mazmûn ve ba'de ibrâi'l-ıskāt, gayr-i mazmûndur. Yâni deyn râhin tarafından îfâ olunduktan sonra dahi rehin istirdâd olunmadıkça ke'l-evvel merhûn ve mazmûn kalır. (158. madde şerhine bakınız.) Buna müteferri' bâzı mesâil:

Evvelen: Bir kimse diğer kimesneden beş kile buğday istikrâz ve kabz, ve mukābilinde bir malı o kimesneye rehin ve teslîm ettikden sonra, o kimse zimmetindeki mezkûr buğdayı o kimesneden yüz kuruşa iştirâ ve meblağ-ı mezkûrü def' ve teslîm edip ba'dehü o rehn, o kimesne yedinde telef olsa mezkûr malın değeri beş kile buğdaya muâdil olunca beş kile buğday ile telef olur. Binâenaleyh o kimesne almış olduğu yüz kuruşu o kimseye iâde eyler.

Sâniyen: Bir kimse bin kuruşluk malını bin kuruş dâyinine[23] rehin ve teslîm ve bir şahs-ı ecnebî mezkûr deyni teberru'an te'diye ettikten sonra, rehn-i mezkûr mürtehin yedinde telef olsa, deyn sâkıt ve dâyin alacağını o şahs-ı ecnebiye iâde eylemesi lâzım olur; yoksa râhin, makbuzunu medyûna iâde edemez.

Sâlisen: Kefîl-bi'l-emr, deyni îfâ ettikten sonra medyûnun dâyine vermiş olduğu rehin, dâyin yedinde telef olsa deyn sâkıt olur. Bu halde kefîl-bi'l-emr, medyûna müraca'at ve o da dâyine rücû' eder; yoksa kefîl-bi'l-emr doğrudan doğruya dâyine müraca'at edemez.

Râbi'an: Râhin; borcuyla mürtehini bir şahıs üzerine havâle ettikten sonra, rehin yed-i mürtehinde telef olsa, deyniyle mazmûn ve havâle münfesih olur. Zîrâ havâle, bi-tarîkı'l-edâ berâettir; bi-tarîkı'l-iskāt berâet değildir. ***(Hindiyye, Dürr-i Müntekā, Hâniyye ve Ankaravî)*** Şu kadar ki deyn, kıymet-i rehinden ziyâde ise, ziyâdesinde havâle batıl olmaz. ***(Ebussuud ani'l-Kuhistânî ve'd-Dürr ve'l-Hidâye)***

Hâmisen: Bâyi'in âhara bey' ve teslîm eylediği malın semeni mukābilinde müşteriden rehin alıp, mezkûr rehin bayi' yedinde telef oldukdan sonra, o mal bi'l-istihkāk müşterinin elinden zabt edilse, mürtehin merhûnu zâmin olur.

Sâdisen: Mürtehin alacağı mukābilinde râhinden bir mal satın alsa veyahut mezkûr alacaktan bir şey üzerine râhin ile sulh olsa da, ba'dehü merhûn yed-i mürtehinde telef olsa, merhûnun kıymeti lâzım gelir. Şirâ veya sulh batıl olmaz. Zîrâ şirâ ve sulh akd-i muâvazadır. Helâk-i rehn ile batıl olmaz. ***(Redd-i muhtâr)***

Sâbi'an: Mürtehin alacağından râhini beraet-i iskât ile ibrâ veya matlûbunu râhine hibe ettikten sonra; merhûn, mürtehin yedinde telef olsa, kable'l-men' -ba'de'l-

23 * Bu kelimenin, "deynine mukābil" olmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. (çevirenler)

ibrâ veya ba'de'l-hibe, râhin rehni mürtehinden isteyip de mürtehinin dahi rehni iâdeden imtinâ'ı vukū' bulmadan- telef olunca mürtehin rehni zâmin olmaz; ve meccanen telef olur. *(Hâniyye)* Çünkü deyn sâkıt olmakla, rehniyyet dahi kalmaz; ve bu vechile sukūt-ı deynden sonra mürtehinin kabzı, kabz-ı istîfâ değil; belki kabz-ı emânet olur. *(Şerhu'l-Mecma' ve Zeyla'î)*[24]

Amma ba'de'l-men' telef olunca mürtehin, küll-i kıymetini zâmin olur. Çünkü mürtehin men'-ı mezkûr ile rehni gāsıb olur. *(Bezzâziyye, Mecma'u'l-enhur ve Aynî)*

Bu mes'ele ile mes'ele-i ânife -edâ ile ibrâ-i iskat- beyninde fark şudur. İbra, deyni aslen iskāt eder. Amma istîfa asla iskāt edemez. Çünkü deyn mevcuddur. Yalnız istîfâ müte'azzirdir. *(Ebussuud)* (158. madde şerhine bakınız.)

Noksan-ı ayn sukūt-ı deyni îcâb eder. Yâni min haysü'l-ayn rehnin noksânîyyeti o nisbetde deynin sukūtunu îcâb eder. *(Hâniyye)* Şöyle ki rehin yed-i mürtehinde ayıplanıp da kıymetine noksan gelse, noksan-ı mezkûr miktarı deyn sâkıt olur. *(Şerhu'l-Mecma' li-İbni Melek ve Redd-i muhtâr)*[25]

Bu cihetle yüz kuruş mukābilinde dört yüz kuruş kıymetli kürk rehin ve teslîm edildikten sonra, yed-i mürtehinde iken kürkü güve yemekle, kıymeti yüz kuruşa tenezzül etse, deynin dahi selâse-i irbâ'ı bulunan yetmiş beş kuruş sâkıt olarak yirmi beş kuruş daha edâ olunduğunda kürk kurtarılır. *(Bezzâziyye, Vâkı'ât ve Redd-i muhtâr)*

Kezâ, merhûn hayvan olup da yed-i mürtehinde bir gözü kör olsa, merhûnun kıymeti deyne müsâvi yahut zâid olduğu sûretde deynin rub'ı sâkıt olur; zîrâ hayvanın işe yaraması dört göz iledir. İki göz hayvanın ve iki göz dahi onu isti'mal edenindir. *(Dürr-i Muhtâr)*[26]

Misliyyâtın rehni: Altın, gümüş, sâir mekîlât ve mevzûnât gibi misliyyât, hılâf-ı cins mukābilinde yâni meselâ altın, mağsûb hayvan mukābilinde rehn edilip de rehin telef olsa kıymetiyle telef olarak mesâil-i ânifedeki tafsîlât cârî olur.

Amma misliyyat-ı mezkûre cinsi mukābilinde rehn edilip de, rehn-i mezkûr telef olsa veznen ve keylen misliyle telef olarak ol miktar deyn sâkıt olur. Cevdet ve kıymete i'tibar olunmaz.

Meselâ bir kimse elli kile buğday mukābilinde elli kile buğday rehin verdikten sonra rehin telef olsa, deyn sâkıt olur. Deyn veya rehinden birinin cevdetine ve diğerinin redâetine bakılamaz. Yâni bu takdirde rehnin kıymeti aranmaz.

---

24 لان بقاء الرهن بامرين بالقبض والدين فاذا فات احدهما لم يبق رهنا, زيلعى وانقروى. (187)

25 بان كان قلبا فانكسر وانتقصت قيمته يذهب قدر النقصان من الدين عند الكل, خانيه.

26 رده معيبا قيمته خمسة وقال كذلك قبضته سليما قيمته عشرة واقاما البينة فبينة الراهن اولى, لسان الحكام. ولو رهن عبدا فاعور فقال الراهن كانت قيمته يوم العقد الفا ذهبت بالاعورار خمسمأة نصف الدين وقال المرتهن كانت قيمته يوم الرهن خمسمأة وذهب بالاعورار ربع الدين كان القول قول الراهن مع يمينه لان الظاهر انه لا يرهن بالالف الا ما يساوى الفا او اكثر والبينة ايضا بينته, خانيه.

Nitekim, bu sûretde deyn elli beş kile buğday olsa elli kile sâkıt olur; mütebâkīsini mürtehin râhinden alır.

Kezâ rehin elli beş kile buğday olsa deyn sâkıt olarak ziyâdesi bulunan beş kile emânet olmakla onda emânet hükmü cârî olur. *(Dürer ve Hindiyye)*

Telef-i rehnin sübûtu: Rehnin bil-ta'add telefi şahit ile sâbit olacağı gibi mürtehinin yemîniyle dahi sâbit olur. Yâni mürtehin rehnin telefini iddiâ ve râhin inkâr etdiğinde mürtehin, rehin telef olduğuna ikāme-i beyyine ederse fe-bihâ; edemez ise telef olduğuna yemîn eder. (1774. maddeye bakınız.) Merhûn, gerek hayvan, metâ' ve huliyyât gibi menkul ve gerek akār olsun. Mürtehin, "Yalnız rehnin telefini iddiâ edip, kendi malından başka bir şey telef olduğunu der-meyân etmediğinden, telef-i rehn iddiâsı mesmû' değildir." denilemez. Ve bu vechile, telef-i rehn sâbit olduğunda, tafsîlât-ı mârre vechile deyn sâkıt olur da bu vechile telefi ma'lûm olan rehnin kıymeti deynden ziyâde olduğunda, mürtehin o ziyâdeyi zâmin olmaz. *(Redd-i muhtâr ve Tenkīh)*

Rehnin kıymetinde ihtilâf: Telef olan rehnin kıymeti ne kadar olduğu hakkında râhin ve mürtehin ihtilâf ettiklerinde söz mürtehinindir. İkisi de ikāme-i beyyine ederse, râhinin beyyinesi tercih olunur. Zîrâ râhinin beyyinesi ziyâde-i zamânı isbât ediyor. (1762. maddeye bakınız.) *(Tenkīh)*

Meselâ bin kuruş deyn mukābilinde terhîn edilen malın kıymeti râhin, "Bin kuruştur; deyn kâmilen sâkıt oldu." ve mürtehin, "Beş yüz kuruştur; mütebâkī beş yüz kuruş alacağım kaldı." diye ihtilâf ettiklerinde, söz mürtehinin ve beyyine râhinindir.

Amma tarafeyn rehnin kıymetini bilmediklerini beyân ettikleri takdirde rehin, yalnız deyn ile mazmûn olur. Yâni, yalnız deyn ödenmiş addolunur. Şu kadar ki kıymet-i rehnin mechûliyyeti ile beraber, rehnin deynden ekalliyeti muhakkak olunca ne muâmele olunacağına dâir sarâhat bulunamadığını Redd-i muhtâr sahibi beyân etmiştir.

Bey' bi'l-vefâ ile rehnin ittihad ettikleri ahkâm:

1- Vefâen mebî' yed-i müşteride telef olduğunda, mukābili olan deyn sâkıt olduğu gibi âdî rehn, mürtehin yedinde telef olduğunda mukābili olan deyn sâkıt olur. (399., 400. ve 401. maddelere bakınız.)

2- Vefâen bayi' veya müşteri, mebî'i âhara satamadığı ve rehn edemediği gibi, râhin veya mürtehin dahi merhûnu âhara bey' ve rehnedemez. (756. maddeye bakınız.)

3- Vefâen mebî'in bazı menâfi'i müşteriye âidiyyeti şart olunsa 398. madde hükmünce sahih olduğu gibi, merhûnun menâfi'i mürtehine ibâha edilse sahih olur. (750. maddeye bakınız.)

4- Vefâen mebî'de müşteri sâir guramâdan ehakk olduğu gibi, mürtehin dahi merhûna sâir guramâdan ehakk olur. (403. ve 729. maddelere bakınız.)

5- Merhûn âhar tarafından iddiâ edildiğinde 1637. madde hükmünce râhin ile mürtehinin esnâ-yı muhâkemede huzuru şart olduğu gibi vefâen mebî' dahi canib-i âhardan dâvâ olunduğunda, bu dâvâda bayi' ile müşterinin huzuru şarttır.

6- Vefâen mebî'de bayi' veya müşteri veya ikisi vefât ettiğinde veresesi müteveffânın makāmlarına kāim oldukları gibi 733 ve 733. maddelerde beyân olunduğu vechile rehinde dahi hüküm böyledir.

7- Akar olan vefâen mebî'de şuf'a cârî olmadığı gibi, akar bulunan merhûnda dahi şuf'a cari olmaz. (1021. maddeye bakınız.)

8- Akar olan vefâen mebî' yanında diğer bir akār satıldığında şuf'a vefâen bâyi' için sâbit olup yoksa vefâen müşteri için sâbit olmayacağı gibi, merhûn olan akārın ittisâlinde diğer bir akār bey' olunduğunda, bu mebî-i akārda kezâlik şuf'a râhinindir; mürtehinin değil.

9- Merhûnun tamiri 724. madde hükmünce râhine aid olduğu gibi vefâen meebî'in tamiri dahi bâyi'a aittir. *(Fusuleyn)*

10- Rehnin tamamiyyetinde 706. madde hükmünce kabz şart olduğu gibi, bey'-i vefanın tamamiyyetinde dahi kabz şarttır. *(Ali Efendi)* (706. madde şerhindeki fâideye bakınız.)

İhtilaf ettikleri hüküm:

1- Vefâen mebî'i müşteri ba'de'l-kabz bâyi'ine îcâr etse, icâre bâtıl ve akd-i rehn ke'l-evvel bâkī olup ücret lâzım olmaz.

2- Bey' bi-tarîkı'l-isti'lâlde dahi bâyi'in mebî'i, müşteriden ba'de't-teslîm ve't-tesellüm istîcâr eylemesi sahih ve ücret lâzım olup amma rehinde istiğlâl mukāvelesi ve îcârı câiz olmaz. *(Ankaravî fi'l-bey' bi'l-vefâ)*

742. MADDE

[**Âhar**] yâni râhinin ve mürtehinin gayri [**bir kimse rehni itlâf**] ve istihlâk yahut ta'yîb [**etse**] mezkûr rehin kıyemiyyâttan ise, itlâfı takdirinde [**yevm-i**] helâk ve [**itlâfındaki kıymetini**] ve ta'yîb etdiğinde, yevm-i ta'yîbdeki noksan kıymetini mürtehine [**verir.**] Gerek kasden ve gerek min gayr-i kasdin itlâf etsin. (912. maddeye bakınız.)

Yâni itlâf eden ecnebî ise, mürtehin, kıymet-i mezkûreyi ondan alır; ve mürtehin bu dâvâda mütlife hasım olur. Zîrâ mürtehin ayn-ı rehne ehakk olduğu gibi onun makāmına kāim olanın istirdâdında dahi ehakk olur. *(Tekmile-i Bahr)* (1637. maddenin fıkra-i sâniyesine bakınız.)

[**Ve ol kıymet mürtehin indinde rehin olur.**] Bu takdirde bakılır. Alacak peşin olup da kıymet-i mezkûre dahi mezkûr alacak cinsinden ise, mürtehin o kıymetden alacağını

istîfâ eyler. Bunda râhinin rızası şart değildir. Ve kıymet-i mezkûre alacakdan ziyâde ise, ziyâdesini râhine reddeder. Ve alacak mü'eccel ise mürtehin alacağın vakt-i edâsı hulûl edinceye kadar mezkûr kıymeti yedinde habs ve ecel-i mezkûr hulûl etdiğinde kıymet-i mezkûre alacak cinsinden ise onu alacağına mahsûb eyler. *(Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)* Ve fazla kalır ise fazlasını râhine reddeder. Nitekim bedel-i zamân alacağı cinsinden değil ise onu her halde rehin olmak üzre imsâk eder.

Ve kezâ mezkûr rehin misliyyattan ise, mürtehin onun mislini itlâf edenden alır da o misil yed-i mürtehinde merhûn olur. (891. maddeye bakınız.)

Demek ki, rehni itlâf eden ecnebî ise, ber-vech-i meşruh rehnin yevm-i itlâfındaki kıymetini, ve mürtehin ise, mürtehin 741. madde şerhindeki lâhikada izah ve tafsîl olunduğu üzre yevm-i kabzdaki kıymetini zâmin olur. *(Tenkīh ve Şerh-ı mecma')*

Meselâ, gurre-i muharremde bin kuruş kıymetli bir mal, bin kuruş mukābilinde rehin ve teslîm edildikten sonra recebde mezkûr malın kıymeti terâcu'-i si'r ile altı yüz kuruşa tenezzül edip, ecnebî bir kimse mezkûr malı mürtehin yedinde iken recebde itlâf eylese, o kimse, yevm-i itlâfındaki kıymeti olan altı yüz kuruşu zâmin olur. Ve deynden dört yüz kuruş dahi sâkıt ve gûyâ ki rehnin bu miktarı âfet-i semâviyye ile telef olmuş hükmünde olarak mezkûr altı yüz kuruş bu madde vechile merhûn olur. *(Mecma'u'l-enhur)*

Teraci'-ı si'r ile kıymeti tenâkus eden rehin mukābilinde deyn sâkıt olmayacağı 741. madde şerhinde beyân olunduğu halde, bunda dört yüz kuruş deynin sukūtu buna muhâlifdir denilemez. Zîrâ mes'ele-i mezkûrede ayn-ı rehn, kemâ-kân bâkī olup bunda ise ayn-ı rehn telef olmuşdur. Beynlerindeki farka gelince; rehin bâkī olunca merhûn, bir halde bulunuyor ki terakkî-i es'ar ile yevm-i kabzdaki kıymetine rücû' etmesi mümkündür. Amma rehin telef olunca terâcu'-i si'r ile olan noksan-ı kıymet takarrur etmiş bulunur; artık terakkî-i es'âr ile evvelki hali bulmak ihtimali kalmaz. *(Redd-i muhtâr)*

FASL-I SÂNÎ

Râhin ve mürtehinin rehinde tasarrufları hakkındadır.

Bunda kā'ide şudur: Râhin veya mürtehinden biri, diğerin izniyle merhûnda şol vechile tasarruf-ı meşrû' ile tasarruf etse ki, onun feshi kābil olmaya, bu tasarruf sebebiyle rehin münfesih olur. Ve illa rehnin sıhhatine halel gelmez. Âtî'z-zikr mesâil bu kā'ide üzerine teferru' eder.

Hulasa-i Fasl

Rehindeki tasarrufât altı olup her birinde üç ihtimal vardır.

Tasarruf-ı Evvel: Âriyettir. İâre; 1-Ya râhine, 2- Ya mürtehine, 3- veya ecnebiye olur, ve bu üç sûret de rehnin zamândan sukūtunu îcâb eder. Müste'îr gerek râhin, gerek ecnebî ve gerek -hal-i isti'malinde telef olmak şartıyla- mürtehin olsun. Fakat i'âre ukūd-ı lâzimeden olmamakla bu i'âre, akd-i rehni fesh ve izâle edemez. (748 ve 749. maddelere bakınız.)

Tasarruf-ı sânî: Vedî'adır. Müstevda'; 1-Ya râhin, 2- Ya mürtehin, 3- Ya ecnebî olur.

1- Mürtehin rehni râhine îdâ' etdiğinde, merhûn yed-i râhinde durdukça intikāz-ı kabza binâen zamân-ı rehn dahi batıl olur. Fakat rehniyyete halel gelmeyeceğinden mürtehin yine rehni geri alabilir. (749. madde şerhine bakınız.)

2- Râhinin rehni mürtehine îdâ' etmesinin ma'nâsı yoktur. Çünkü merhûn zâten mürtehinin yed-i kabz ve emânetindedir.

3- Mürtehinin bi-izni'r-râhin, veya râhinin bi-izni'l-mürtehin rehni âhar kimseye îdâ' ve teslîm etmesi câiz ve o kimse adl olur. Bu muamele ile akd-i rehne halel gelmeyeceği gibi zamân-ı rehn dahi sâkıt olmaz.

Tasarruf-ı sâlis: Rehindir. Mürtehin-i sânî, 1- ya râhin, 2- ya mürtehin, 3- veya ecnebî olur.

1- Merhûn, râhinin mülkü olmakla mürtehinin onu râhine rehn eylemesi hükümsüzdür. Fakat bu rehin üzerine mürtehin, merhûnu râhine iâde ve teslîm edince intikāz-ı kabza mebnî zamân-ı rehn batıl olur; fakat evvelki rehniyyete halel gelmez.

2- Râhinin rehni mürtehin-i evvele rehn etmesine gelince, evvelki rehin bâkī iken ikinci rehnin hükmü olmaz. Fakat evvelki rehin ikāle ve merhûn râhine iâde ile emr-i fesh itmâm edildikten sonra, sâniyen akd-i cedîd ile evvelki deyn yahut diğer bir deyn mukābelesinde rehni ve teslîm etmek sahihdir. Ve rehnin kıymeti hakkında ikinci defa rehin ve teslîm zemanı nazar-ı itibara alınmak lâzım gelir.

3- Râhin veya mürtehinden biri diğerin izniyle merhûnu şahs-ı sâlise rehin ve teslîm ettiklerinde, akd-i rehn-i evvel batıl olur. Fakat ber-vech-i meşruh bi-iz-

ni'r-râhin, mürtehin merhûnu kendi borcu mukābilinde âhara rehin ve teslîm ettiğinde, bu rehin sebebiyle rehn-i evvel batıl ve rehn-i sânî, rehn-i müste'âr olur.

Tasarruf-ı râbi': İcâredir. Müste'cir, ya râhin, ya mürtehin, veya ecnebî olur.

1- Müste'cir râhin olursa icâre batıl ve mürtehin merhûnu râhine i'âre veya îdâ' etmiş hükmünde olur.

2- Müste'cir mürtehin olup îcâr için tecdîd-i kabz edilmiş ise rehin batıl olur.

3- Müste'cir, ecnebî bulunup ehadühümâ âharın izniyle akd-i icâreyi icrâ ve müste'cire teslîm eyler ise rehin batıl olur. Zîrâ icâre, akd-i lâzım olduğundan rehni ibtâl eder. Ve ücret râhinindir. Fakat ücretin hakk-ı kabzı âkıde râci'dir.

Kezâlik mûcir, ya râhin, ya mürtehin, veya ecnebî olur.

1- Bilâ-izni'l-mürtehin, râhin merhûnu âhara îcâr ve müste'cire teslîm etdiğinde, icâre câiz yâni mürtehine nisbeten lâzım olmaz. Mürtehin merhûnu rehniyyete iâde edebilir. Ve ücret râhinindir.

2- Bilâ-izni'r-râhin, mürtehin merhûnu âhara îcar ederse ücret mürtehinindir. Fakat ücret-i mezkûre kendisine helal olmaz; tasadduk eylemesi lâzım gelir. Râhin, merhûnu rehniyyete iâde eyler. Ve müste'cir yedinde me'cûr velev ki bilâ-ta'add telef olsa zamân lâzım gelir.

3- Şahs-ı ecnebî fuzûlen merhûnu âhara îcar edip de tarafeyn *(râhin ve mürtehin)* mücîz olursa -câiz, ve rehin batıl ve ücret râhinin olur. Yalnız râhin mücîz olursa- yine ücret râhinindir. Fakat mürtehin onu reyniyyete iâde edebilir.

Yalnız mürtehin mücîz olursa; icâre batıl ve ücret âcirin olur. Fakat, ücret-i mezkûre kendisine helal değildir; ve râhin onu rehniyyete iâde edebilir. *(Hâniyye)*

Tasarruf-ı hâmis: Bey'dir. Müşteri; ya râhin, ya mürtehin, veya ecnebî olur.

Birinci sûret *(müşterinin râhin olması)* merhûn, râhinin mülkü olduğundan, mürtehinin onu râhine satması hükümsüz ise de bey'-i mezkûr üzerine mürtehin rehni râhine iâde ve teslîm ederse, intikāz-ı kabza mebnî mürtehinden zamân sâkıt olur.

İkinci ve üçüncü sûretlerde rehin batıl olur. (746. ve 747. maddelere ve şerhlerine bakınız.)

Tasarruf-ı sâdis: Hibedir. Bunun hükmü bâlâda beyân olunan bey' gibidir.

Tasarruf-ı râhinde asıl şudur: Râhin kable sukūti'd-deyn merhûnda feshi mümkün olan bir vechile tasarruf etse -bey', icâre, hibe, sadaka ve ikrâr gibi- râhinin şu tasarrufu mürtehinin rızası olmaksızın nafiz, ve mürtehinin merhûndaki hakkı sâkıt olmaz. Fakat râhin, bundan sonra mürtehinin borcunu îfâ etdiğinde mürtehinin hakk-ı habsi sâkıt ve tasarrufât-ı mezkûre nafiz olur. Nitekim tafsîlat-ı âtiyeden müttazıh olur. (24. maddeye bakınız.) *(Hindiyye)*

743. MADDE

[**Râhin ve mürtehinden birinin izni olmaksızın diğerinin başka bir kimseye rehin etmesi bâtıldır.**] Hatta râhin gāib iken mürtehin, bir kimse aleyhine "Bu malı filan gāib bana rehin ve teslîm ettikden sonra ben bu malı bu müdde'â-aleyhe i'âre ve teslîm veya îcar ve teslîm ettim, geri versin." diye iâde ve isbât etse merhûn, müdde'îye redd ve iâde olunur. *(Ankaravî)*

Bu madde iki hükmü müştemildir. Her biri ayrı ayrı ber-vech-i âtî îzah olunur.

Hükm-i evvel; râhin mürtehinin izni olmaksızın rehni başka bir kimseye rehn etmesi batıldır. (46. maddeye bakınız.)

Meselâ râhin bir malı bir kimseye rehin ve teslîm ettikten sonra diğer bir şahsa daha rehin ve o kimsenin izni olmaksızın mezkûr malı ondan bi'l-ahsz o şahsa teslîm etse bu ikinci rehin batıl ve mürtehin-i evvelin mürtehin-i sânîden istirdâda hakkı olur. Bundan sonra râhin deyn-i evveli te'diye etse bile ikinci rehin sıhhate münkalib olmaz. *(Tenkīh ve Vâkı'âtü'l-Müftîn)*[27] Ve ikinci mürtehin yedinde merhûn telef olduğunda, evvelki mürtehin bu ikinci mürtehine tazmîn ettirir. (741. ve 742. maddeler ile şerhlerine bakınız.)

"İzni olmaksızın" denildi. Zîrâ râhin mürtehinin izniyle rehni başka bir şahsa rehnedebilir. Nitekim mâdde-i âtiyede beyân olunuyor.

Hükm-i sânî: Mürtehinin, râhinin izni olmaksızın rehni başka bir kimseye rehnetmesi bâtıldır. (96. maddeye bakınız.) Hatta rehin ve teslîm edip de rehn-i mezkûr kable'l-iâde mürtehin-i sânî yedinde telef olsa râhin muhayyerdir. Dilerse mürtehin-i evvele 901. ve 891. maddelere binâen ve 741. madde şerhindeki lâhika hükmüne tevfîkan rehnin kull-i kıymetini tazmîn ettirir. Bu takdirde bedel-i zamân mürtehin-i evvele rehin olmak üzre verilir. Yâni, bu bedelde 741. madde şerhindeki hükm-i evvel gibi muamele olunur. Meselâ deyn hal ve bedel-i zamân deyn cinsinden ise, deyn sâkıt olarak rehnin fazla kıymeti var ise mürtehin onu dahi râhine i'taya mecbûrdur. *(Tenkīh ve Aynî)* Bu sûretde mürtehin-i evvel, zamân-ı mezkûr ile o mala malik olacağından mürtehin-i sâniye kendi malını rehn etmiş olur da, mürtehin-i sahi yedinde telefinden dolayı 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt olur. Dilerse mezkûr rehnin kıymetini mürtehin-i sanîye tazmîn ettirir. Zîrâ mürtehin-i sânî gāsıbü'l-gāsıb olur. Şu halde bedel-i zamân mürtehin-i evvele rehin olmak üzre verilir. Bu takdirde rehn-i sânî bâtıl olur da, mürtehin-i sânî zâmin olduğu şeyle ve alacağıyla mürtehin-i evvele rücu' eder. (701. madde şerhine bakınız.) Amma rehn-i mezkûr mürtehin-i sanî yedinde mevcud ise, râhin, mürtehin-i evvel hazır olduğu halde mürtehin-i sânîden o rehni dâvâ ve istirdâd ederek mürtehin-i evvel yedinde kemâ-kân rehin olmak üzre vaz' olunur.

27 بخلاف بيع الرهن لان البيع يتم بالعقد دون الرهن, انقروى.

Hükm-i sanîde dahi "râhinin izni olmaksızın" denildi. Zîrâ mürtehin râhinin izniyle rehni başka bir kimseye rehn edebilir. Nitekim 745. maddede beyân olunur.

Tafsîlât-ı mezkûreden anlaşılır ki, onu 744. ve 745. maddeler ile bu maddedeki "izni olmaksızın" kaydının fâidesi ve muhterezun-anhı beyân olunuyor.

744. MADDE

1- [**Mürtehinin izniyle râhin rehni, diğer**] bir şahs[**e rehin**] ve teslîm [**etse**]

2- Yahut mürtehin rehni râhinden istîcar ve tecdîd-i kabz eylese,

3- Yahut mürtehin merhûn arzı müzâre'aten ahz etse, şu üç sûretde [**rehn-i evvel bâtıl**] yâni münfesih [**ve**] sûret-i ûlâda [**rehn-i sânî sahîh olur.**] (718. maddeye bakınız.)

Şimdi suver-i selâse-i mezkûreyi îzah edelim.

1. Sûret: Mürtehinin izniyle râhin rehni diğerine rehn ettikden sonra, mürtehin-i evvel "Mezkûr mal bana rehindir." diye mürtehin-i sânîden istirdâd ve ke'l-evel rehin olmak üzre zabt etmeğe hakkı kalmaz. (51. maddeye bakınız.) Zîrâ şahs-ı âhara rehin, ukūd-ı lâzımeden olarak feshi mümkün değildir.

Şerhan "ve tesellüm etse" denildi. Zîrâ 706. maddede zikrolunduğu üzre bi-dûni't-teslîm rehnin hükmü yoktur.

2. Sûret: Mürtehin, rehni râhinden istîcâr ve tecdîd-i kabz etse, icâre sahîh ve rehin bâtıl olur. Velev ki icâre-i mezkûre fâsid olsun. Şöyle ki; mürtehin merhûnu icâre-i fâside ile istîcâr ve tecdîd-i kabz edip de bir miktar ücret lâzım olacak zeman mürûr edince rehin bâtıl olur. *(Redd-i muhtâr)* Hatta bu vechile icâreden sonra mürtehin, rehni rehniyyete iâde edemez. Zîrâ icâre ukūd-ı lâzimeden olarak bilâ-rızâ't-tarafeyn feshi mümkün değildir. Amma mürtehinin i'âre-i rehn etmesi akd-i rehni ibtal etmez. Çünkü i'âre ukūd-ı lâzimeden değildir. (114. madde şerhine bakınız.) *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr)*

Bu îzâhattan şu madde ile 748. madde beynindeki fark münfehem oldu.

3. Sûret: Mürtehin, arz-ı merhûnu müzâre'aten ahz ettiğinde, eğer tohum mürtehinden olmak üzre mukāvele edilmiş ise bu müzâre'a, icâre hükmünde olmakla bunda dahi rehin bâtıl olur. Amma tohum râhinden olmak üzre mukāvele edilmiş ise rehin bâtıl olmaz. *(Redd-i muhtâr)*

745. MADDE

[**Râhinin izniyle mürtehin rehni**] âhar kimesneye [**rehn**] ve teslîm [**etse**] sahîh ve [**rehn-i evvel bâtıl**] yâni münfesih ve râhin-i evvel mu'îr, râhin-i sânî -mürtehin-i evvel- râhin-i müste'îr ve o kimesne mürtehin olarak rehn-i müste'ârda mürur eden 727., 728., 732., 735., 736. ve 737. maddelerin ahkâmı bunda dahi cârî [**olur.**]

Fakat, şerhan işaret olunduğu üzre teslîm lâzım olup, bi-dûni't-teslîm rehnin hükmü yoktur.

Bundan sonra ber-vech-i bâlâ bâtıl olan rehn-i evvel, akd-i cedîdsiz rehin olarak avdet eylemez. Zîrâ mâdde-i ânife şerhinde zikrolunduğu üzre rehn-i mezkûr râhine nisbeten ukūd-ı lâzimeden olarak feshi mümkün değildir. *(Redd-i muhtâr ve Hâniyye)*

746. MADDE

Merhûnun mülk-i râhinden izâlesini mûcib olan tasarrufu, mürtehin emr-i kadı olmadıkça, merhûnda yapamaz. Velev ki tahsıyn ve fesaddan hıfz için olsun. Bey', icâre, hibe ve teslîm, sadaka ve teslîm, hediyye ve teslîm gibi. Eğer yaparsa zâmin olur. *(Tenkīh)*

Bu cihetle [**Râhinin rızası**] veya hâkimin emri veya zarûret [**olmaksızın mürtehin rehni satdıkda**] bu satış fuzuli ve 367. maddeye mebnî [**râhin muhayyer olup dilerse bey'i fesh**] ile merhûnu ke'l-evvel rehn olmak üzre iâde [**eyler.**] Hatta bir kimse vefâen uhdesinde bulunan malı râhinin izni olmaksızın âhar bir şahsa bey' ve teslîm ettikden sonra gaybubet ettiğinde râhin, yâni vefâen bayi' mezkûr malı o şahıstan taleb ve dâvâ ve ahz edebilir. Zîrâ eğerçi hakk-ı habs mürtehinin ise de, râhin mâlik olmak mülâbesesiyle malını bi-gayr-i hakk yedinde imsâk etmekte bulunan o şahıstan taleb ve ba'dehü mürtehin geldiğinde mezkûr malı râhinden ahz edebilir. *(Ankaravî)*

[**Dilerse**] 378. maddedeki şurût mevcud bulunur ise bey'i [**icâzet ile tenfîz eyler.**] (96. maddeye bakınız.) Amma meselâ rehn-i mezkûr kable'l-icâze müşteri yedinde telef olsa ondan sonra artık icâzet sahîh olmaz. Bu takdirde râhin dilerse mürtehine ve isterse müşteriye tazmîn ettirir. (901. ve 910. maddelere bakınız.)

Bu fıkra vechile râhin icâzet ile tenfîz ettiğinde madde-i âtiyeden dahi müstefâd olacağı üzre semen-i mebî' merhûn olur.

Hulasa 747. ve 759. maddelerden müstefâd olacağı üzre mesâğ ve cevâza binâen râhin veya mürtehin merhûnu bey' ettiğinde yahut fuzuli olarak mürtehin bey' edip râhin mücîz olduğunda, merhûnun semeni, merhûn makāmına kāim olarak merhûn olur. Semen-i mezkûr, yâni bey' edilen merhûnun semeni kabz olunsa da olunmasa da, ber-vech-i bâlâ

merhûn olacağından, hatta müşterinin müflisen vefâtiyle semen-i mebî' telef olsa 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt olur. *(Hâniyye ve Redd-i muhtâr ve Bezzâziyye)*

"Râhinin rızası olmaksızın" denildi. Zîrâ 760. maddede beyân olunduğu üzre; bey'-i rehne, râhin tarafından mürtehin tevkîl edildiğinde mürtehinin rehni satması sahîh ve nafiz ve bu, ibtidâen izniyle bey' olmuş olur. Hatta râhin mürtehine "Merhûnu dellala ver, satsın da hakkını al." demekle, mürtehin dahi dellala verip de dellal yedinde telef olsa, mürtehine zamân lâzım gelmez. *(Lisanü'l-hükkâm)* İbtidâen bilâ-izin bey' edip de, sonra râhin mücîz olsa, hüküm yine böyledir.

"Hâkimin emri olmaksızın" denildi. Zîrâ 759. maddeden müstefâd olduğu üzre, mürtehin rehni hâkimin emriyle satabilir.

"Zarûret olmaksızın" denildi. Zîrâ mezkûr 759. madde şerhinde beyân olunacağı üzre rehnin fesadından havf olunup da hâkime müracaat mümkün olmasa, mürtehin rehni satabilir.

747. MADDE

[**Mürtehinin rızası olmaksızın râhin, rehni**] ecnebiye [**sattıkda**] bey'-i mezkûr mürtehinin icâzetine mevkūfen mün'akid olur. Mürtehin dilerse mücîz olur; dilerse olmaz. Yoksa mürtehin bey'-i mezkûrü feshedemez. Zîrâ mürtehinin merhûnu yedinde habs ve imsâk hakkı, bey'-i mezkûrün gayr-i nafiz i'tibar edilmesiyle muhâfaza edilmiş olacağından, ona fesh-i bey'a salâhiyyet vermeğe ihtiyaç yoktur.

"Mevkūfen mün'akid olur." demek, râhinin mezkûr [**bey'i**] mürtehin hakkında [**nafiz olmaz.**] demektir. (46. maddeye bakınız.) Mürtehin, bey'-i mezkûre gerek vâkıf olsun, gerek olmasın. (67. maddeye bakınız.) Bu mevkūfiyyet âtîde zikrolunacağı vechile ber-vech-i bâlâ mürtehin hakkındadır. Amma râhin hakkında bey'-i mezkûr, sahîh ve lâzımdır.

Bu bey'in mevkūfiyyeti iki vecihle isbât olunur:

Vech-i evvel: Mürtehinin hakkının ta'allukudur. Mebî' râhinin mülkü olması, bey'-i mezkûrün mevkūfiyyetini men' etmez. Görülmez mi ki bir kimse maraz-ı mevtinde vârisine bir malı bey', yahut ecnebiye sülüs-i malından ziyâde vasıyyet eylese, bu tasarrufâtı mevkūf kalır.

Vech-i sânî: Râhinin merhûnu, müşteriye teslîm etmesine kudreti yoktur. Çünkü mürtehinin yedi mani'-i teslîmdir. Bey', mülke müftekır olduğu gibi, teslîme iktidara dahi müftekır olur. *(Zeyla'î ve Tekmile-i Bahr)* Nitekim 209. maddede zikrolunduğu üzre makdûru't-teslîm olmayanın bey'i câiz değildir.

[**Ve**] binâenaleyh bey'-i mezkûr ile [**mürtehinin**] rehindeki [**hakk-ı habsine halel gelmez.**] Hatta mürtehinin rızası olmaksızın râhin, rehni âhara bey' ve takrîb ile râhinden bilâ-izin ahz ederek müşteriye teslîm ettiğinde, mürtehin muhayyerdir. Dilerse bu maddenin âtî dördüncü fıkrası mûcibince bey'a icâzet vererek tenfîz ve semenini rehin olarak ahz eyler. Dilerse müşteriden bi'l-istirdâd ke'l-evvel rehin olmak üzre merhûnu hıfz eder.

Müşteri yedinde telef olur ise, mürtehin dilerse râhine ve dilerse müşteriye tazmîn ettirir. (1635. ve 741. maddelere bakınız.) *(Ankaravî)*

Râhin merhûnu, bilâ-izin ecnebiye sattıkdan sonra mürtehine satsa, bey'-i evvel münfesih olur.

[**Fakat borç îfâ olunur**] Tâbir-i umûmî ve eşmel ile mürtehinin merhûndaki hakk-ı habsi sâkıt olur. [**ise ol bey' nafiz olur.**] (24. maddeye bakınız.)

Şerhan işaret olunduğu üzre, "borç îfâ olunur ise" ibaresi, misâl olarak mezkûrdür. Maksat, mürtehinin merhûndaki hakk-ı habsinin sukūtudur ki sukūt dahi bâlâda beyân edildiği vechile, evvelen îfâ-yı deyn, sâniyen ibrâ-i iskāt ve sâlisen deyni mürtehinin râhine hibe eylemesiyle olur. (729. madde şerhine bakınız.)

"Mürtehinin rızâsı olmaksızın" denildi. Zîrâ râhin mürtehinin ibtidâen vukū' bulan izin ve rızâsiyle rehni satarsa nafiz ve semeni onun makāmına merhûn olur.

Bu cihetle mürtehinin müşteriyi tâyin eylemesi mu'teberdir. Hatta mürtehin râhine "Merhûnu filana sat!" diye emretmiş iken râhin başkasına satsa câiz olmaz. Amma müste'cir mûcirine, me'cûru filana sat demiş iken mûcir onu başkasına satsa câiz olur. Zîrâ mes'ele-i ûlâda bedel-i mebî' merhûn olacağından zimem-i nâsın ihtilâfı cihetiyle tahsîsın fâidesi vardır. Amma sûret-i sâniyede bedel-i mebî', me'cur makāmına kāim olmayacağından tahsîsın fâidesi yoktur.

[**Ve kezâ mürtehin ol bey'a**] yâni mürtehinin rızâsı olmaksızın râhinin satışına [**icâzet verse nâfiz**] ve rehni müşteriye teslîm eylemesi lâzım [**olup, rehin dahi rehniyyetten çıkarak borç, hali üzre kalır.**]

Bey'-i mezkûr nâfiz oldu. Zîrâ mani' olan hakk-ı mürtehinin ta'alluku ve râhinin teslîme adem-i iktidarı zâil olmakla memnû' avdet eder. (24. maddeye bakınız.) *(Zeyla'î ve Redd-i muhtâr)*

Borç hali üzre kaldı. Zîrâ mürtehinin bey'-i rehne icâzeti sukūt-ı deyni icab eden esbâbdan değildir. İmdi bey'a icâzetinde borç hali üzre kaldığı gibi, mürtehinin râhin tarafından vâki' olan merhûnu gayr için ikrâr, sadaka ve hibe gibi tasarrufâtı mücîz olması yine sukūt-ı deyni îcab etmez. Borç yine alâ hâlihi kalır. *(Hindiyye)*

[**Ve**] mürtehin bey'-i râhini mücîz olduğu takdirde [**mebî'in semeni, mebî' makāmında rehin olur.**] Semen-i mezkûr gerek kabzedilmiş olsun, gerek kabzedilmeyerek he-

nüz müşteri zimmetinde bulunsun. Yâni iki sûretde dahi semen-i mezkûr rehin olacağı gibi, hîn-i icâzetde semenin mebîʻ makāmında merhûn olması şart edilse de, edilmese de merhûn olur ki sahîh olan budur. Zîrâ semen-i mezkûr mürtehinin hakkının taʻalluk ettiği malın bedeli olup, bedel için mübeddelin hükmü vardır. Binâenaleyh, mürtehinin hakkının bedele intikāli icab etti. Çünkü beyʻa rızâ hakkının bi'l-küllîyye sukūtuna rızâyı müstelzim olmaz. *(Tekmile-i Bahr)*

Sual: Semen-i mebîʻ kable'l-kabz deyn olup, deyn ise maʻdûm bulunmak hasebiyle rehin etmek câiz değildir.

Cevab: Deynin ibtidâen rehni câiz değilse de bundaki rehin, bekāen olmakla câizdir. (55. maddeye bakınız.) *(Reddi Muhtar)*

Semen-i mezkûrün kable'l-kabz ve kezâ baʻde'l-kabz merhûn olacağına şu iki mes'ele teferruʻ eder.

1. Mes'ele: Semen-i mebîʻ müşteri zimmetinde iken müşterinin müflisen vefâtiyle istîfâ olunamaz olsa mürtehin üzerine mazmûn, ve deyn sâkıt olur.

2. Mes'ele: Semen-i mebîʻ kabz olundukdan sonra mürtehin yedinde telef olsa, 741. madde şerhindeki lâhika vechile mürtehin üzerine mazmûn, yâni telef olan semen miktarı deyn sâkıt olur.

Semen-i mebîʻin merhûniyyetini şart etmek lâzım olup olmadığında ihtilâf-ı fukaha: Bâzı ulemâ, semen-i mebîʻin rehin olması hîn-i icâzetde şart edilse de edilmese de semen-i mezkûr rehin olacağına kāil olmuşlardır ki, sebebi bâlâda beyân, ve sahîh olan da bu olduğu zikir ve ityan olunduğu gibi *Mecelle*'nin ıtlâkı dahi bu kavlin ihtiyar olunduğuna delalet eyler. (64. maddeye bakınız.)

Diğer bâzı fukaha, semen-i mebîʻin, mebîʻ makāmına merhûn olması şart edilmediği takdirde semen-i mezkûrün rehin olmayacağını beyân eylemişlerdir.

Mürtehin bir kerre beyʻa icâzet verdikten sonra nâdim olsa, nedâmet fâide vermez. Zîrâ icâzet-i mezkûresiyle adem-i icâzetdeki hakkı sâkıt olmuştur. (24. maddeye bakınız.)

Bedel-i îcar bilâ-şart merhûn olmaz. Şöyle ki râhin, bilâ-izni'l-mürtehin merhûnu îcar etse, âtîde îzâh olunacağı üzre bu da mürtehinin icâzetine mevkūf olur. Fakat mürtehin icâzet verse ücret -merhûn olması şart edilmedikçe- merhûn olmaz.

Semen-i mebîʻ ile bedel-i îcar beyninde fark şudur. Ücret mürtehinin hakkının bedeli değildir. Çünkü mürtehinin hakkı ayndadır. Ve ücret bedel-i menfaʻat bulunmakla, mürtehinin hakkı menfaʻate intikāl eylemez.[28]

---

28 آجر المرتهن الرهن من اجنبى بلا اجازة الرهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند الامام ومحمد كالغاصب يتصدق بالغلة او

Nitekim mûcir, me'curu bey' etse de müste'cir bey'i mücîz olsa, müste'cirin hakkı bedele intikāl eylemez. Çünkü bedel-i mebî', ayn-ı mebî'in bedelidir. Halbuki müste'cirin hakkı menfa'attedir. *(Zeyla'î)*

Meselâ mûcir, me'cur dükkânı civardaki diğer mağaza ile mübâdele edip de, müste'cir bu bey'-i mukāyezayı mücîz olsa, müste'cir "Benim hakkım bu mağazaya intikāl etti; müddet-i bâkıye-i icâremi orada ikmal edeceğim." diyemez.

[**Ve eğer mürtehin**] bey'-i mezkûre [**icâzet vermez ise**] mürtehinin bey'-i mezkûrü fesh etmesiyle münfesih olmaz. Zîrâ bey'in nâfiz olmaması mürtehinin hakk-ı habsinden dolayıdır. Bey'-i mezkûrün mevkūf addedilmesi mürtehinin hakkını tefvît eylemez. Yâni bu kadarla hakk-ı mürtehin muhâfaza edilmiş olur. *(Redd-i muhtâr)* Tâbiri diğerle mevkūfen mün'akid olarak kalması mürtehine zarar vermez. Çünkü mürtehinin hakk-ı habsi mücerred -bilâ-nefâz- in'ıkād-ı bey' ile bâtıl olmaz.

Fakat [**müşteri**] o malın merhûn olduğunu gerek bilerek ve gerek bilmeyerek almış olsun [**muhayyer olup dilerse rehnin fekkine kadar bekler.**]

Sual: *Mecelle*'nin 209. maddesi hükmünce makdûru't-teslîm olmayanın bey'i sahîh değildir. Nitekim bu maddenin şerhi evâilinde dahi beyân edildi. Bu halde bu da sahîh olmamalı idi.

Cevab: Burada makdûru't-teslîm olmamak, diğer bir ta'bîrle râhin, bayi'in merhûnu müşteriye teslîm edebilmekden aczi, alâ şerefi'z-zavâldir. *(Ebussuud)*

[**Ve dilerse hâkime müracat ile**] râhinin mebî'i müşteriye teslîmden aczi mülâbesesiyle [**bey'i fesh ettirir.**] Demek ki, bu bey'in feshi hâkime aittir. Yoksa mürtehin, bu bey'i feshedemeyeceği gibi, müşteri dahi kendi kendine feshedemez. Zîrâ bu fesih kat'-ı münâza'a içindir. Kat'-ı nizâ' ise hâkime aittir. *(Redd-i muhtâr)*

Rehnin mükerreren bey'i: *Mecelle*'de beyân olunan rehnin bir defa satılması mes'elesidir. Mükerreren satılması mes'elesi ber-vech-i âtî îzâh olunur. Şöyle ki mürtehinin rızâsı almaksızın râhin rehni bir kimesneye bey' ettikten sonra, kable'l-icâze diğer bir şahsa daha satsa, bey'-i evvel mürtehinin icâzetine mevkūf olduğu gibi, bey'-i sânî dahi onun icâzetine mevkūf olur. Mürtehin bu iki bey'den hangisini mücîz olursa câiz ve diğeri bâtıl olur. Meselâ mürtehin, bey'-i evveli mücîz olduğunda bey'-i mezkûr nâfiz ve bey'-isânî münfesih olacağı gibi, bey'-i sânîyi mücîz olduğunda bey'-i mezkûr nâfiz ve bey'-i evvel, münfesih olur. Mürtehinin bu muhtariyyetinin sebebi şudur. İcâzetten sonra semen-i mebî', satılmış olan merhûnun bedeline rehin olacağından mürtehin hangi müşteri sağlam ve emîn ve semen-i mebî'i ziyâde, ve'l-hasıl hangi bey''i fâideli görür ise, onu tercih

---

يردها على المالك وان آجر بامر الراهن بطل الرهن والاجرة للراهن, انقروى.

etmekte muhtar kılındı. Denilirse ki bey'-i evvelde hem semen ziyâde, hem de müşteri emîn olsa, yahut bey'-i evvelde semen-i mebî' kabz edilerek rehin olmak üzre mürtehine verilmeğe müheyyâ bulundurulsa, mürtehinin muhayyerliği için bâlâda beyan olunan sebep kalmaz. Bu sûretde mürtehinin muhayyerliği olmamak lâzım gelir. Cevaben deriz ki: "Hüküm yâni sebeb ve hikmetler cinsinde aranır; yoksa mesâil-i hususiyyede değil." (189. madde şerhine müracaat ediniz.) *(Şarih)*

Amma râhin, bilâ-izni'l-mürtehin rehni âhar kimesneye sattıktan sonra kable'l-icâze diğer bir şahsa hibe ve teslîm, veya icâre etse de, mürtehin hibeyi, veya rehni, veya icâreyi mücîz olsa bey' nâfiz, ve hibe veya rehin, veya icâre bâtıl olur. *(Ankaravî)* Zîrâ mürtehinin bey'a icâzet vermesinde mürtehin için fâide vardır. Şu cihetle ki semen-i mebî' merhûn makāmına kāim olur. Amma diğerlerini icâzetde mürtehin için fâide yoktur. *(Redd-i muhtâr)* Mürtehin, kendi fâidesini terkle fâide değil zararı mûcib olan şeyi ihtiyar etmekten memnu' olmadığına nazaran şu delil müddeâyı isbât edemez. Lâ-siyyemâ mürtehin merhûnun veya bedelinin merhûn olmak hakkından vazgeçtiğini bi'l-beyân hibeyi, veya rehni, veya icâreyi mücîz olduğunu söyler ise yine bey' bâtıl ve hibe veya diğerleri sahîh olmaz mı? *(Şarih)*

Bu mes'ele bey' ile meselâ hibenin ictimâ'ı halindedir. Amma râhin mâl-i merhûnu âhara hibe ve teslîm edip de mürtehin hibe ve teslîmi mücîz olsa rehin münfesih ve hibe sahîh olur. Nitekim karîben îzâh edilir. 355. madde şerhindeki lâhıkanın mebhas-i sânîsinde bey'-i rehne dâir tafsîlât bulunmakla oraya müraca'at ediniz.

Mürtehinin bey'i fesh edebilmesinde ve müşterinin muhayyerliğinde ihtilâf: Bu maddede iki vechile ihtilâf bulunmakla, ihtilâfât-ı mezkûre ile *Mecelle'* de hangi kavil ihtiyar olunduğu ber-vech-i âtî beyân olunur.

İhtilaf-ı evvel: Mürtehinin rızâsı olmaksızın râhin rehni sattığında mürtehin vâkıf olunca bu bey'i feshetse bir rivayetde -ki esah olan rivayet budur- bununla bey' münfesih olmaz. Zîrâ mürtehinin hakkı habs-i rehinde olmakla, mevkūfiyyet-i bey' bunda kîfâyet eder. *(Ebussuud)* Hatta mürtehin bey-i mezkûrü fesh ettikden sonra râhin borcunu îfâ etse mebî' olan rehnin müşteriye teslîmi lâzım gelir. Nitekim bu bey'i râhin dahi fesh edemez. Zîrâ bey'-i mezkûr râhin hakkında sahîhan ve lâzimen mün'akid olup, mevkūfiyyet ancak mürtehin hakkındadır. (100. maddeye bakınız.) *(Ebussuud)* Diğer rivayetde mürtehinin feshiyle bey'-i mezkûr münfesih olur. Zîrâ mürtehin için sâbit olan hak, mülk menzilinde olmakla mürtehin mâlik gibi oldu. *(Zeyla'î)* Hatta şu rivayete göre bu fesihten sonra râhin borcunu îfâ etse, mebî' olan rehnin müşteriye teslîmi lâzım olmaz.

İmdi *Mecelle*'nin "hâkime müracaat ile" kavlinden rivâyet-i ûlâ ihtiyar olunduğu anlaşılır. Çünkü rivâyet-i sâniyede fesh için hâkime müraca'ata ihtiyaç yoktur.

İhtilaf-ı sânî: Bir kimse mâl-i merhûnu satın aldığında, mürtehin bey'i mücîz olmayınca *Mecelle*'de beyân olunduğu üzre, o kimsenin hâkime mürâca'at ile bey'i feshettirmeğe hakkı vardır. Fakat İmam Ebu Yusuf'a göre bu muhayyerlik o kimse satın alırken merhûn olduğunu bilmediği sûretde sâbit olur. Amma o kimse mezkûr malı, merhûn olduğunu bilerek satın alsa artık muhayyerliği yoktur. Çünkü imam-ı müşârun-ileyh mebî'in merhûn veya me'cur zuhûr etmesini ayıp menzilinde kılıp, müşteri ayba âlim olarak bir malı satın alınca onun için hıyar-ı ayb olmadığı gibi, bunda dahi hıyar-ı ayb yoktur. *(Ebussuud)*

İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre müşteri merhûn olduğunu gerek bilerek ve gerek bilmeyerek alsın. Mürtehin bey-i mücîz olmayınca, ber-vech-i mezkûr muhayyerdir, müşârun ileyhimâ mebî'in merhûn veya me'cur olmasını istihkāk menzilinde kılıp müşteri istihkāka, yâni mebî' veya bâyi'den başka bir adamın malı idiğine vâkıf olarak onu iştira ettikden sonra yedinden zabt olunsa semen-i mebî' ile bayi'ine mürâca'at etmek hakkı bâkī olduğu gibi bunda dahi hakk-ı feshi bâkī kalır. *(Ebussuud)*

Mecelle, "müşteri muhayyer olup" diye mes'eleyi mutlak olarak zikreylemesine, yâni "merhûn olduğunu bilmeyerek satın aldığı sûretde" diye takyîd eylemediğine nazaran bu maddede müşârun-ileyhimânın mezhebleri ihtiyar edilmiştir ki zâten zâhir rivâyet dahi müşârun-ileyhimânın kavilleri üzerinedir. (64. maddeye bakınız.)

Merhûnun îcar, hibe, sadaka, vakıf ve âhar için ikrâr edilmesi -bu maddede "sattığında" tâbiri- kayd-ı ihtirazî değildir. Îcar, hibe, sadaka ve teslîm, âhar için ikrâr ve vakıfda dahi hüküm böyledir. Şöyle ki râhin, mürtehinin rızâsı olmaksızın rehni âhara îcar veya hibe ve teslîm, veya sadaka ve teslîm veya rehn-i mezkûrü âhar için ikrâr gibi bir vechile tasarruf etse tasarrufât-ı mezkûre mürtehin hakkında nâfiz olmaz. Ve mürtehinin hakk-ı habsine halel gelmez. (46. maddeye bakınız.) *(Ankaravî)*

Fakat borç, bi'l-îfa rehin fekk olunursa râhinin mezkûr tasarrufâtı nâfiz olacağı gibi mürtehin bunları mücîz olsa yine nâfiz olur; ve bu mes'elede yâni îcar ve ....ilâ âhirihi mes'elelerinde mürtehinin icâzeti takdirinde merhûn rehniyyetten çıkarak, borç, hali üzre kalır. *(Vâkı'ât)* Ve meselâ icâre mes'elesinde ânifen zikrolunduğu vechile bedel-i me'cûr, me'cûr makāmında rehin olmaz. Zîrâ, bedel-i icâre menfa'at mukābilindedir. Halbuki mürtehinin hakkı, merhûnun mâliyetindedir. Yoksa menfa'atinde değildir. Bu cihetle mürtehinin icâreyi mücîz olması, hakkını iskāt olur. *(Redd-i muhtâr)*

Vakf-ı merhûn: Râhin, bir malı rehin ve teslîm ettikden sonra vakfetse, bu vakıf sebebiyle akd-i rehin müntekız olmaz. Bu takdirde nazar olunur: Râhin ya ber-hayat olur. Bu halde mûsir -zengin- ise vakıf sahîh olarak hâkim diğer emvâlinden îfâ-yı deyne râhini icbar eyler. Amma râhin mu'sir ise, vakıf sahîh olmaz. Yahut vefât etmiş olur; bu halde vâkıfın îfâ-yı deyne vâfî diğer malı var ise o mal ile mürtehine olan deyni îfâ olunarak mâl-i mezkûr vakfiyyet üzre kalır. Ve eğer vâkıfın diğer malı yok ise o sûretde mâl-i mevkūf, bi'l-bey' mürtehine olan deyni edâ olunur.

İkrâr: Râhin, merhûn filan şahsın mülkü olduğunu ikrâr ettiğinde mürtehin hakkında tasdik olunamaz. Mukarrun-leh tarafından, merhûn kendisinin mülkü olduğuna dâir ikâme-i beyyine olunmaksızın mücerred bu ikrâr ile merhûn-ı mezkûr, mürtehin yedinde nez' olunamaz. (78. maddeye bakınız.) Belki mukırr nefsi hakkında muâhaze olunarak deyni edâ ve merhûnu mukarrun-lehe redd ile emrolunur.

Lakin deyn, mü'eccel olduğu takdirde râhin, ber-vech-i mezkûr halen edâ-yı deyn ile mi emr olunur ki zâhir olan da budur? Yoksa deynin eceli hulûl edinceye kadar sabır mı olunmalıdır? Tâharriye muhtaç mes'eledir.

748. MADDE

[**Râhin ve mürtehinden biri diğerinin izniyle rehni âhar bir kimseye i'âre edebilir.**]

Bu madde iki hükmü müştemildir:

Hükm-i evvel: Râhin, mürtehinin izniyle rehni âhar bir kimseye i'âre edebilir. Zîrâ râhinin mülkü bulunan merhûnda tasarrufu nâfiz olmaması mürtehinin hakkından dolayı olup, mürtehin razı olunca 24. maddeye mebnî râhinin tasarrufu sahîh olur.

Hükm-i sânî: Mürtehin, rehni râhinin izniyle âhar bir kimseye i'âre edebilir. Ve bu i'ârede mürtehin râhin tarafından vekîl olur. (1459. ve 1460. maddelere bakınız.)

İâre-i rehnin hükmü ve rehinde sukūt-ı zamânda hile: Bu madde vechile i'âre ve müste'îrin kabzı vukū' bulduğunda rehin mürtehinin zamânından -rehniyetden değil- çıkar. Zîrâ zamân, mürtehinin kabzı itibariyle olup kabz ise müntekız olmuştur. *(Ebussuud)* Binâenaleyh rehn-i mezkûr müste'ir yedinde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhika vechile deynden bir şey sâkıt olmaz. Bu vechile i'âre-i rehn, rehnin telefiyle adem-i sukūt-ı deynde hile olabilir.

"Ahara" kaydı mürtehinin râhine i'âre etmesinden ihtiraz içindir. Zîrâ bu sûretdeki hüküm dahi bu maddenin hükmü gibi ise de, ayrıca madde-i âtiyede beyân olunuyor.

[**Ve**] bu i'âreden sonra rehniyyet yine bâkī olmakla [**ba'd**]e'l-iâr[**e**] râhin ve mürtehinden [**her biri**] veya ikisi de bi'l-ittîfâk [**onu rehniyyete**] yâni rehnin mazmûniyyetine min gayr-i akd-i cedîd [**iâde edebilir.**]

744. ve 745. maddelerde beyân olunduğu üzre rehnin âhara rehni, akd-i rehn-i evveli ibtal ettiği halde, âhara i'âresini ibtal eylemez. Zîrâ i'âre akd-i lâzım olmamakla akd-i rehni ibtal etmez.

Ba'de'l-iâre dahi rehnin bekāsına müteferri' mesâil: Bu i'âreden sonra akd-i rehn dahi kemâ-kân bâkī kaldığından, merhûn yed-i müste'îrde iken râhin vefât etse 729. madde

vechile mürtehin sâir guramâdan ehakk olur. *(Redd-i muhtâr)* Bu ehakkiyyet âtî 749. maddede zikrolunduğu halde burada zikrolunmamıştır.

İâre lafzı îdâ'dan ihtiraz için değildir. Binâenaleyh râhinin izniyle mürtehin rehni âhar kimseye îdâ' edebilir. Ve bu îdâ' ile dahi rehnin mazmûniyyetine halel gelmez; hatta rehn-i mezkûr müstevda' yedinde telef olsa 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt olur. Yâni merhûnun âhara îdâ' edilmesiyle mürtehinin zamânından çıkmış olmaz. *(Hâniyye)* Ve bu vechile i'âre ile îdâ' beyninde fark hâsıl olur. Bu hüküm 753. maddede müstefâd olur. Nitekim râhin mürtehine "Rehni dellala ver de sattır; hakkını al!" demesiyle mürtehin dahi onu dellala verse de dellal yedinde telef olsa, mürtehin zâmin olmaz.

Amma i'âre lafzı, merhûnun âhara îcar, veya hibe, veya bey' edilmesinden ihtirâz içindir. Çürkü madde-i ânife şerhinde îzâh olunduğu üzre râhin ve mürtehinden biri diğerin izniyle merhûnu âhara îcar, veya hibe ve teslîm, veya bey' ettiğinde, merhûn rehniyyetden çıkarak artık akd-i cedîd olmaksızın rehniyyete avdet eylemez.

Binâenaleyh râhin, mürtehinin izniyle rehni âhar kimesneye meselâ îcar edip de râhin vefât etse, mürtehin, rehn-i mezkûre râhinin sâir guramâsından ehakk ve ba'de'l-istîcâr merhûn yed-i müste'cirde telef olsa, mürtehinin alacağı sâkıt olmaz.

"İzniyle" denildi. Zîrâ vedî'a gibi merhûn dahi bilâ-izin âhara i'âre olunamayacağı gibi îcar ve îdâ' dahi olunamaz. (790., 791. ve 792. maddelere bakınız.) Hatta râhinin izni olmaksızın mürtehin, merhûnu âhara i'âre ederek müste'îr yedinde telef olsa, mürtehin, merhûnun küll-i kıymetini zamân-ı gasb ile zâmin olur.

Amma bilâkis mürtehinin izni olmaksızın, râhin, merhûnu âhar şahsa i'âre ve bir takrîb ile o şahsa teslîm etse mürtehinden zamân sâkıt olur. Zîrâ mürtehinin zamânı kabzı i'tibariyle olup, mürtehinin kabzı ise râhinin i'âresi ve teslîmi ile müntekız olmuştur. *(Ebussuud)*

749. MADDE

[**Mürtehin, rehni râhine i'âre**] îdâ' [**edebilir.**] Fakat îcar etse icâre bâtıl olur. Bu i'âre, icâre ve îdâ' ile rehin müntekız olmaz. Meselâ mürtehin râhine merhûn arzı zîrâat etmek üzre izin i'ta, ve o da zîrâat edebilir.

Kezâlik mürtehin, merhûn hânede sâkin olmak üzre rehine izin verir; o da sâkin olabilir. Bu muamele ile akd-i rehn bâtıl olmaz. *(Hâniyye)* Lâkin râhin mezkûr rehni kabz ettiğinde, mürtehinden zamân-ı rehn sâkıt olur. *(Hâniyye)* Zîrâ mürtehinin zamânı, merhûnu kabz eylemiş olmak itibariyle olup, kabz ise, merhûnun râhine reddiyle müntekız olduğundan zamân dahi mürtefi' olur. *(Tekmile-i Bahr ve Ankaravî)*

Rehnin telefiyle adem-i sukūt-ı deynde hile: Rehnin telefiyle 741. madde şerhindeki lâhika vechile deynin sâkıt olmaması için bu madde vechile mürtehin, rehni râhine i'âre etmelidir. Bu i'âre, bâlâda zikrolunduğu üzre rehniyyeti ihlâl etmeyeceğinden, mürtehin rehni râhinden istirdâd edebilir. Bu vechile bi'l-istirdâd mürtehinin kabzı avdet ettiğinde, zamân dahi avdet eder.

Vasînin isti'âresi ve merhûnu gasbı:

Vasî, yetimin malını yetimin borcu için rehin ve teslîm ettikden sonra, mürtehinden bi'l-isti'âre yedinde telef olduğunda nazar olunur. Eğer sabînin umuru için isti'âre edip de vasînin yedinde telef olmuş ise, rehin bâtıl ve sabînin malından telef olur. Ve mürtehin alacağını ayrıca sabînin malından istîfâ eder. Ve eğer vasî kendi umûru için isti'âre etmiş ise, vasî o malı sabî için zâmin olur.

Vasî, mezkûr rehni mürtehinden gasb ve isti'mal ile yedinde telef olduğunda bakılır. Eğer sabînin umûrunda isti'mal eylemiş ise, vasî mürtehine zâmin oldukdan sonra bedel-i zamân ile sağîre rücû' eder. Ve eğer vasî kendi umurunda istihlâk etmiş ise, vasî kendi malından rehnin kıymetini zâmin olur. Ve 741. madde şerhindeki lâhikada tafsîl olunduğu vechile, mezkûr kıymetden borç îfâ olunarak müsavî gelir ise febihâ, fazla kalır ise fazlası yetimin olur. Ve eğer noksan kalır ise noksan-ı mezkûr yetimin malından ikmâl edilir. *(Hindiyye)*

Bu maddede i'âre tâbirinde müsâmaha vardır. Zîrâ 765. ve 766. maddelerden müstefâd olduğu üzre i'âre, menfa'ati bi-gayr-i ıvaz temlikden ibaretdir. Halbuki madde-i âtiyede beyân olunduğu üzre mürtehin, rehnin menfa'atine mâlik olmadığı cihetle, râhine mezkûr menfa'ati temlik edemez. Bu cihetle râhinin intifâ'ı bi-tarîkı'l-âriye değil; belki bi-tarîkı'l-mülk olur. Mürtehinin hakkından dolayı, râhin merhûn ile intifâ'dan memnû' iken mürtehin râzı olmakla mâni'-i intifâ' dahi zâil oldu. Lâkin mürtehinin bu i'ârede adem-i zamâniyle beraber dilediği vakit rehni, râhin-i müste'îrden istirdâd etmek salâhıyyetini haiz olduğundan, bu muameleye i'âre ıtlak olundu.

[**Bu sûretde**] yâni rehin râhine i'âre olunduğu takdirde, rehniyyet yine bâkī olmakla [**râhin fevt olsa, mürtehin yine rehne râhinin sâir dâyinlerinden ehakk olur.**] Velev ki merhûn, yed-i râhinde bi-hükmi'l-âriye bâkī bulunsun. Zîrâ âriyet, akd-i lâzım değildir. Ve mürtehin râhinin hayatı halinde, merhûnu istirdâda muktedir olduğu gibi, vefâtında dahi buna muktedir olur. *(Şerhu'l-Mecma' ve Hâniyye)*

Sual: Fıkra-i ânife şerhinde îzâh olunduğu üzre, merhûn râhine i'âre olunduğunda mürtehinden zamân-ı rehn sâkıt olup, zamân kalmayınca rehniyyet dahi kalmamak lâzım gelir.

Cevab: Merhûn, râhin üzerine mazmûn olmaması rehniyyete münâfî olmaz. Çünkü zamân, rehnin levazım-ı gayr-i münfekkesinden değildir. Merhûn zamândan infikâk ede-

bilir. Görülmez mi ki, merhûn hayvanın veledi merhûn olur. Halbuki bu veled, helâkiyle gayr-i mazmûndur; yâni meccanen telef olur. *(Tekmile-i Bahr)*

Râhine i'âre denilmesiyle icâreden ihtiraz olundu. Mürtehin, rehni râhine îcar edemez. Eder ise icâre bâtıl olur. Mürtehin için râhin üzerine ücret lâzım olmaz. Hatta mürtehin, râhinden bedel-i îcar aldığında, bu ücret, mürtehinin râhinde olan alacağına mahsûb edilir. (533. madde şerhine bakınız.) *(Behce)* Fakat mürtehin rehni râhine îcar ve teslîm ettiğinde, bu icâre, rehni râhine i'âre veya îdâ' menzilinde olarak mürtehin istediği vakit onu rehinden istirdâd eder. Ve râhinin yed-i kabzında bulundukça mürtehinden zamân sâkıt olur.

Mürtehin, rehni râhine îdâ' ve -bu îdâ' ile akd-i rehn bâtıl olmayacağından mürtehin-sonra merhûnu istirdâd eyleyebilir. *(Hâniyye)*

Râhine i'âre denilmesiyle şahs-ı âhar îdâ'dan ihtiraz olundu. Çünkü mürtehin, rehni râhinin emriyle şahs-ı âhara îdâ' edebilir ise de bunda râhine olan i'ârenin hükmü carî olmaz. Belki rehnin müstevda' yedinde durması, mürtehin yedinde bulunması hükmünde olarak müstevda' yedinde telef olsa 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt olur. Nitekim 753. madde şerhinde beyân olunur.

Fâide: Rehinde mu'teber olan kıymet 741. madde şerhinde zikrolunduğu üzre vakt-i rehindeki kabz zemanında olan kıymetdir. Yoksa rehin, bu madde vechile râhine i'âre olundutan sonra istirdâd olunduğu zemandaki kıymet değildir. *(Bezzâziyye)* Halbuki gasbda emir bilâkisdir. Şöyle ki gāsıb, bir malı gasbettikden sonra bir müddet yedinde bi'l-imsâk ba'dehü mağsubun-minhe salimen reddederek muahharen tekrar gāsıb-ı merkūm tarafından gasbedilse, bu gasb-ı sânî zemanındaki kıymet mu'teberdir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Meselâ bir kimse bin kuruş mukābilinde bin kuruşluk malını diğer kimesneye muharremde rehin ve teslîm edip, saferde mürtehin, mezkûr rehni râhine i'âre ettikden sonra rebî'u'l-evvelde rehn-i mezkûrün kıymeti beş yüz kuruşa tenezzül ettiği halde istirdâd ve kabzetse ve ba'dehü rehn-i mezkûr mürtehin yedinde telef olsa, 741. madde şerhindeki lâhikada beyân olunan tafsîlât mûcibince bin kuruş borç sâkıt olur. Yoksa yalnız beş yüz kuruş sâkıt olmaz. *(Bezzâziyye)*

LÂHİKA

Merhûnun şahs-ı âhara veya râhine îcârına dâirdir.

1. Mes'ele: Mürtehin râhinin emriyle, yahut râhin mürtehinin emriyle rehni âhar kimesneye îcar ettiğinde, icâre sahîh ve rehin bâtıl ve bedel-i îcar râhinin olur. Binâenaleyh mürtehin, artık mezkûr rehni akd-i cedîd bulunmadıkça rehniyyete iâde edemez. Nitekim râhin ve mürtehinin emri olmaksızın ecnebî bir şahıs, merhûnu âhar kimesneye bi'l-îcâr, râhin mücîz olsa, ücret râhinin olur. Lâkin mür-

tehin merhûnu kemâ-kân rehniyyete iâde edebilir. Ve mürtehin mücîz olduğu halde râhin mücîz olmasa icâre münfesih ve mürûr eden müddetin ücreti îcâr edenin olur.

Râhin ve mürtehin, ikisi de mücîz olsa yine câiz ve ücret râhinindir. Fakat, icâzetin sıhhatinde şerâit-i icâzetin vücûdu şarttır. Binâenaleyh, mürtehin, râhinin emri olmaksızın merhûnu bir sene müddetle âhara bi'l-îcâr sene münkazî olduktan sonra râhin mücîz olsa, icâzet sahîh olmaz. Mürtehin merhûnu müste'cirden ahz ile kemâ-kân merhûn olmak üzre yedinde imsâk edebilir. Amma meselâ altı mâh mürûrundan sonra mücîz olsa, icâre câiz ve akd-i rehin bâtıl olur. Ve kable'l-icâze mürûr eden müddetin ücreti râhinindir. (447. maddeye bakınız.)

2. Mes'ele: Mürtehin, râhinin emri olmaksızın merhûnu râhinden başkasına îcar ettiğinde ücret mürtehinin mülkü ise de ona dahi tayyib olmaz. (Kitâb-ı İcârenin bab-ı sâlisinin ikinci faslı şerhine mürâca'at ediniz.)

3. Mes'ele: Râhin, mürtehinin emri olmaksızın merhûnu âhara îcar etse, mürtehin muhayyerdir. Dilerse mücîz olur; o halde rehin bâtıl ve bedel-i icâre merhûn makāmına gayr-i kāim olur. Dilerse mücîz olmayıp merhûnu kemâ-kân rehniyyete iâde edebilir. (747. madde şerhine bakınız.)

4. Mes'ele: Râhin, rehni mürtehine îcar etse, icâre sahîh ve rehin bâtıl olur; icâre için tecdîd-i kabz olunmuş ise. Binâenaleyh müddet-i icâre esnasında me'cur, müste'cir yedinde telef olsa, emâneten telef olarak deyn sâkıt olmayacağı gibi, müddet-i icârenin inkızâsından sonra telef olsa, yine emâneten telef olup deyn sâkıt olmaz. Şu kadar ki, ba'de mürûr-i müddeti'l-icâre, müste'cir me'curu iâdeden imtina' yâni mûcir taleb eylediği halde müste'cir redden ibâ ettikden sonra yedinde telef olsa gāsıb olur. (591., 592. ve 593. maddeler ile şerhlerine bakınız.) *(Ebussuud)* [29]

750. MADDE

[**Râhinin izni olmadıkça mürtehin**] ve kezâ mürtehinin izni olmadıkça râhin 46. maddeye mebnî [**rehinden intifâ' edemez.**]

Mürtehin, merhûn ile intifâ' edemez; zîrâ rehin, istîfâ-yı deyn oluncaya kadar habs-i merhûnu iktizâ eder. Yoksa merhûn ile intifâ'ı iktizâ eylemez. *(Zeyla'î)* Ve mâlik-i rehin deyn mukābelesinde habse razı olmuştur; intifâ'a değil. *(Mecma'u'l-enhur)* (96. maddeye bakınız.)

---

29 استأجر المرتهن الارض المرهونة بطل بخلاف الاعارة وان استأجر فاسدا ووصل اليها ومضى زمان مقدار ما يجب شئ من الاجر بطل وان لم يصل ختى فسخت الاجارة بقيت على الرهن وان اخذ المرتهن الارض مزراعة بطل الرهن ان البذر من المرتهن وان من الراهن لا يبطل, انقروى0

Binâenaleyh merhûn, hayvan ise mürtehin ona râkib, hâne ise onda sâkin olamaz.[30] Elbise ise giyemez. Kitâb ise okuyamaz. Koyun ise mürtehin bilâ-izin sütünü içemez.[31] Arz ise mürtehin bilâ-izni'r-râhin zîrâat edemez.[32] Merhûnât-ı mezkûreyi mürtehin bilâ-izin i'âre ve îcar edemez. (Madde-i ânife şerhine bakınız.) Mürtehin, bilâ-izni'r-râhin merhûn ile ber-vech-i bâlâ intifâ' yâni isti'mal, veya îcar, veya i'âre eder ise rehni gasb etmiş hükmünde olur. (901. maddeye bakınız.) Binâenaleyh hal-i intifâ' ve isti'mâlinde telef olsa küll-i kıymetini zâmin *(891. Maddeye bakınız)* ve bedel-i zamân asıl rehin mukābilinde merhûn olur. Deynden bir şey sâkıt olmaz. Ve bu bedelde 741. madde şerhindeki tafsîlât vechile muâmele olunur.[33] Fakat, mürtehinin ber-vech-i bâlâ ta'addî etmesiyle akd-i rehin bâtıl olmaz. Hatta ta'addî-i mezkûrden sonra ta'addîyi küllîyyen terkle vifâka avdet etse, mürtehin, zamân-ı gasbdan teberrâ ve zamân-ı rehin avdet etmiş olur. *(Hâniyye)*

Binâenaleyh mürtehin, rehni bilâ-izni'r-râhin isti'mal edip de isti'mali terk ettikden sonra rehin telef olsa, deyn sâkıt ve 741. madde şerhindeki lâhikanın hükmü cari olur.

Râhin dahi merhûn ile intifâ' edemez; râhinin intifâ'ı mürtehine gerek muzırr olsun. Merhûn elbise olup da râhinin giymesi gibi. Ve gerek muzırr olmasın; merhûn hâne olup da râhinin onda sâkin olması gibi.[34]

[**Amma râhinin izin ve ibâhası**] yâni râhinden isti'âre ve istîzân [**ile mürtehin rehni kullanır.**] Zîrâ men'-i isti'mal ve intîfâ' râhinin hakkından dolayıdır. Râhin razı olunca mürtehinin intîfâ'ı câizdir. (24. maddeye bakınız.)

Binâenaleyh mürtehin, râhinin izniyle merhûn hayvana râkib, merhûn hânede sâkin, merhûn elbiseyi lâbis olabilir. Merhûn kitâbdan kırâ'et edebilir. *(Hâniyye)*

Hatta mürtehin, bi-izni'r-râhin merhûn hânede ber-mu'tad süknâsı sebebiyle hânenin bâzı mevazı'ı münhedim ve harab olsa, deynden bir şey sâkıt olmaz. Zîrâ râhin süknâyı ibâha etmekle ariyyet hükmünü ahz etmiştir. Hatta bundan sonra râhin mürtehini

---

30 Lakin sakin olsa mürtehin üzerine mu'addün li'l-istiğlâl veya mal-ı yetim olsa bile ücret lazım olmaz. (*Redd-i muhtâr*). (598. madde şerhine bakınız.)

31 İçse bedeli deyniyle mahsubu icra olunur. Zira mezkûr leben mal-ı mütekavvimdir.

32 Eder ise noksan arz terettüb ettiğinde, onun zamanı lazım geleceği gibi, arza cereyan eden su, kanevât-ı memlûkeden cereyan ederse, mezkûr suyun dahi zamanı lazım gelir. (*Ankaravî*)

33 الشاة المرهونة اذا ولدت عند المرتهن فاستهلكها المرتهن او ولدها كان عليه قيمة ما استهلك ويكون الضمان رهنا عنده فان هلكت بعد ذلك بهلك بقسط من الدين وما يجب على المرتهن باستهلاك الولد يكون رهنا عنده يفتكه الراهن بقسطه من الدين, خانيه.

34 لان حكم الرهن هو الحبس ليعجز الراهن ولا يملك الانتفاع به لانه ينافيه, شرح المجمع. ولو ركب الراهن بغير اذن المرتهن او باذنه فعطبت لايسقط الدين, خانيه بتغيير ما. وان كان الراهن هو الذى استهلك الولد او الزيادة يضمن ايضا كما يضمن المرتهن ويكون الضمان محبوسا عند المرتهن فان هلك الضمان عند المرتهن يهلك هدرا لان الضمان قائم مقام الولد لو هلك الولد عند المرتهن يهلك هدرا فكذلك الضمان, خانيه.

intîfâ'dan men' edebilir. (802. maddeye bakınız.) Mürtehin iznin istimrârını kasd ettiğinde râhine sûret-i atiyede izin verdirir. "Ne vakit intîfâdan men' ve nehyeder isem müddet-i rehinde intîfâ'a me'zunsun." *(Dürr-i Münteḳā)* İntîfâ-ı mezkûr hîn-i karzda meşrût olmadığı halde ba'dehü vâki' olan izin ile intifâ'da beis yoktur.[35]

Amma hîn-i karzda mürtehin, rehinden intifâ'ı şart eyler ise ribâ olur. *(Dürr-i Münteḳā ve Ankaravî)* Merhûn arazide mürtehin, bi-izni'r-râhin zirâat ve gars-ı eşcar edebilir. Bundan dolayı akd-i rehin bâtıl olmaz.

Mürtehin, rehni râhinin izin ve i'âresiyle intifâ' ve isti'mal edip de hal-i isti'malinde rehin telef olsa, emâneten telef olup, mukābili olan deyn sâkıt olmaz.[36] Zîrâ mürtehin hal-i isti'malinde müste'îr olmakla, bu halde rehnin hükmü kalmaz. Meselâ mürtehin, merhûn hayvana râhinin izniyle râkib olup da, hal-i rükûbunda telef olsa deyn sâkıt olmaz.[37] Ve isti'malden fâriğ olduğunda rehin mazmûn olmak üzre avdet eder. Ve bundan sonra telef olsa deyniyle mazmûn olur.[38]

Rehnin telefi halinde deynin adem-i sukūtunda bu dahi hile olur.

Amma kable'l-isti'mal veya ba'de'l-isti'mal telef olsa 741. madde şerhindeki lâhikada da beyân olunduğu üzre mukābili olan deyn ile telef olur. Zîrâ bu halde yed-i emânet mürtefi' olmuş olur. Ve akd-i rehn ise bâkī bulunur. *(Tekmile-i Bahr)*

Vakt-i helâkde ihtilâf: Tarafeyn vakit ve zeman-ı helâkde bi'l-ihtilâf mürtehin "Merhûn, bi-hükmi'l-iâre isti'mal ettiğim zemanda telef olmakla deyn sâkıt olmadı." ve râhin kable'l-isti'mal, veya ba'de'l-isti'mal telef olmakla deyn sâkıt oldu diye ihtilâf ettiklerinde söz mürtehinindir.[39] Zîrâ tarafeyn rehnin mazmûn bi'd-deyn olmaktan çıktığında ittîfâk etmeleriyle râhinin merhûn, mazmûn bi'd-deyn olmağa avdet etti diye iddiâsı hüccetsiz tasdik olunamaz. Ve mürtehin münkirü'z-zamân olmakla söz onundur. Amma beyyine râhinindir. *(Hâniyye)*[40]

Meselâ râhin, sevb-i merhûnu muayyen bir gün giymesine mürtehine izin verdikden sonra, sevb-i mezkûr yırtılmış bulunduğunda "Mürtehin me'zun olduğum gün telebbüs

---

35 لانه حينئذ لم يكن قرضا فيه منفعة فلا يكون ربا.

36 لان استعمال المرتهن باذن الراهن كاستعمال الراهن لايسقط شئ من الدين. (خانيه)

37 ولو كان الرهن مصحفا فاذن له الراهن بالقرائة فيه فهلك قبل ان يفرغ من القرائة لايضمن المرتهن والدين على حاله, خانيه.

38 بخلاف الغاصب اذا انتفع باذن المالك فهلك المغصوب لايضمن سواء هلك حالة العمل او بعده, شرح المجمع. والغاصب اذا سأل صاحب الغصب ان يعيره اياه ليخدمه او يرسله فى حاجته فاذن له فى ذلك برئ من الضمان عاد اليه بعد ذلك او لم بعد, خانيه.

39 وبينة الراهن انه هلك قبل العمل او بعده اولى, انقروى.

40 ولو قال الراهن لم يلبسه المرتهن وتخرق عنده وقال المرتهن لبسته فتخرق كان القول قول الراهن, خانيه.

ettiğim cihetle yırtıldı." ve râhin "O gün yırtılmadı." diye ihtilâf ettiklerinde, söz mürtehinin ve beyyine râhinindir. *(Mecma'u'l-enhur ve tekmile-i Bahr)*

Ve râhin, mezkûr sevbi o gün mürtehinin giydiğini i'tirafla beraber, yırtılması o günden evvel veya sonra bilâ-izin giymekle vukū' buldu diye ihtilâf ettiklerinde söz, o gün giydikden dolayı yırtıldığına, mürtehinindir.[41]

1- [**ve**] râhinin izin ve ibâhasiyle mürtehin rehnin [**meyve**], yük, [**ve süt gibi hâsılatını alır.**] dilerse tenâvül ve ister ise bi'l-bey' parasını kendi malı olarak isti'mal eder. Fakat bu izin ve ibâhasından râhin rücu' ile bundan sonra intîfâ'dan mürtehini men' edebilir. (1226. maddeye bakınız.)

2- Mürtehinin izniyle râhin mezkûr hâsılâtı alır.

3- Ecnebî dahi râhin ve mürtehinin izniyle mezkûr hâsılâtı alır.

[**Ve**] suver-i selâse-i mezkûrede dahi [**bunların**] zamânı lâzım gelmeyeceği gibi, rehin telef olmuş hükmünde tutularak 741. madde şerhindeki lâhikaya bi't-tevfîk [**mukābilinde deynden**] dahi [**bir şey sâkıt olmaz.**][42]

Lâkin bu hâsılâtın hissesine ait olan deyn, asıl rehne avdet ve ric'at eylemez. Yâni 715. madde şerhinde geçtiği üzre, deyn, asıl merhûn ile ziyâde-i mezkûrenin kıymetlerine taksîm olunup, ber-vech-i meşruh ziyâde istihlâk olunduğunda deyn sâkıt olmaz.

Fakat o ziyâdeye mukābil olan deyne asıl rehin mukābil ve ona karşı merhûn olmayacağından, asıl rehin yalnız deynden hissesine isâbet eden miktar te'diye olunduğunda fekk olunur. Zîrâ rehnin nemâsı asıl rehin ile beraber rehin olup, vakta ki mürtehin, râhinin izniyle nemâ-ı mezkûrü itlâf etti. Gûya râhin bizzat itlâf etmiş hükmünde olacağından o nemâ, ve râhin üzerine mazmûn ve onun deynden hissesi olur. *(Redd-i muhtâr)*[43]

Bu halde aslın yevm-i kabzındaki kıymeti mu'teber olduğu gibi, ziyâdenin dahi yevm-i istihlâkdeki kıymeti mu'teberdir. Binâenaleyh, merhûn bundan sonra yed-i mürtehinde telef olsa mürtehinin bi-izni'r-râhin istihlâk ettiği ziyâdenin yevm-i istihlâkdeki kıymetiyle aslın yevm-i kabzındaki kıymetine taksîm olunarak, asla isâbet eden miktar sâkıt olur. Ziyâdeye isâbet eden miktarı mürtehin râhinden ahz eder.

Meselâ, merhûn koyun olup da, mürtehin bunda iken tevellüd eden kuzuyu mürtehin, râhinin izniyle ekl etse de ba'dehü koyun telef olsa, deyn-i mezkûr, kuzunun yevm-i istihlâkdeki kıymetiyle aslın yevm-i kabzdaki kıymetine taksîm olunarak asla isâbet eden

---

41 الا ان ينكر الراهن الهلاك.

42 لان شرب المرتهن باذن الراهن كشرب الراهن ولو شرب الراهن لا يسقط قدر حصته من الدين, خانيه.

43 وعلى هذا جميع النماء والزيادة, خانيه.

deyn sâkıt olur. Kuzuya isâbet eden miktarı, mürtehin râhinden taleb eder. Mürtehin, bi-izni'r-râhin merhûn koyunun sütünü yahut ecnebî bir kimse bi-izni'r-râhin merhûnun zevâidini istihlâk etse, hüküm ber-vech-i meşruhtur. *(Ebussuud ve Ankaravî)*

751. MADDE

Merhûnu mülk-i râhinden izâle etmeyip tahsîn ve fesatdan hıfz zımnında yapılan her tasarrufu mürtehin, emr-i kādı bulunmasa bile îfâ edebilir. *(Tenkīh)*

Bu cihetle [**mürtehin**] yahut adl [**bir mahalle gider oldukda yol emîn ise, rehni beraber götürebilir.**] Binâenaleyh, râhin, mürtehini veya adli bundan men' edemez. Meselâ mürtehin rehni alarak bir beldeden diğer beldeye -nakl-i merhûn haml ve meûnete muhtac olsa bile- hicret edebilir. Fakat bu sûretdeki mesârif-i nakliye, zâhir olan mürtehine aiddir.

Bâlâda beyân olunduğu üzre kendisine rehin tevdî' edilen adl dahi bu bâbda mürtehin gibidir.

Amma yol emîn değil -mahûf- iken mürtehin, merhûnu beraber götürerek zâyi' olsa, zamân-ı gasb ile zâmin olur.

Şehirde hıfz şartının i'tibarında ihlilaf: Râhin, merhûnu Mısır'da hıfzı mürtehin üzerine şart etse, bâzı fukahâya göre bu şartın hükmü yoktur. Mürtehin merhûnu yol emîn ise yine beraber götürebilir. Diğer bâzı fukahâya göre bu şart mu'teberdir. Mürtehin merhûnu yol emîn olsa bile beraber götüremez. (83. maddeye bakınız.) *(Lisanü'l-hükkâm, Tenvîrü'l-Ebsâr ve Tahtavî)*. ***Mecelle'***nin şu maddesinde mârru'z-zikr iki kavilden birinin tercih olunduğuna dâir bir kayıt ve işaret yoktur.

FASL-I SÂLİS

Yed-i adilde olan rehnin ahkâmı beyânındadır.

752. MADDE

Adlin yedinde iki itibâr vardır. Bir itibâr ile mürtehinin ve diğer itibâr ile râhinin yedi makāmına kāimdir.

İtibâr-ı Evvel: [**Yed-i adil, yed-i mürtehin gibidir.**] Şu cihetle ki, adlin kabzı, mürtehinin kabzı yerine kāim olduğu gibi, rehin yed-i adilde telef olduğunda, yed-i mürtehinde telef olmuş gibi deyn sâkıt olur. [**Yâni râhin ve mürtehin rehni emniyyet ettikleri**] âkıl [**bir kimseye tevdî' etmek üzre**] akd-i rehinde [**mukāvele edip o**] kimse [**dahi râzı olarak kabzetse rehin tamam ve lâzım**] ve merhûn, yed-i adilde telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt [**olur.**]

İtibâr-ı sânî: Yed-i adl yed-i râhin gibidir. Şu cihetle ki adlin hıfzı, râhinin hıfzı yâni yedi adl, hıfzda yed-i râhin makāmına kāimdir. [**Ve ol kimse**] hakk-ı mâliyet-i merhûnda [**mürtehin**] ve hakk-ı hıfz-ı rehinde râhin [**makāmına kāim olur.**] Ve bu vecihle yed-i vâhide iki yed hükmünde addedilmiş olur. *(Şerhu'l-Mecma')* Adl, merhûnu berâ-yı hıfz iyâlinde bulunan zevcesi, veledi ve ecîri gibi malında tasarruf eden emînine verebilir. *(Hâniyye)*

Adlin, mâliyetde mürtehin makāmına kāim olmasının ma'nâsı: Adl yahut zevcesi, veledi ve hâdimi gibi emîni yedinde rehin telef olduğunda, mürtehin yedinde telef olmuş hükmünde olarak 741. madde şerhindeki lâhikada beyân edilen ahkâm cârî olur.

Adlin hakk-ı hıfzda râhin makāmına kāim olmasının semeresi: Yed-i adl, hıfzda yed-i râhin gibi olmakla, merhûn yed-i adilde telef olduktan sonra müstahık çıktığında müstahık muhayyerdir; dilerse gāsıb olmakla râhine tazmîn ettirir ve dilerse gāsıbü'l-gāsıb olmakla adle tazmîn ettirir. (910. maddeye bakınız.) Yoksa mürtehine tazmîn ettiremez. Zîrâ bu zamân, zamân-ı gasbdır. Zamân-ı gasb ise nakil ve tahvîl ile tahakkuk eder. Nitekim 881. madde şerhinde îzâh olunur. Nakil ve tahvîl-i mezkûr mürtehinden değil adlden sadır olmuştur. *(Ebussuud)*

İmdi müstahık, adle tazmîn ettirdiğinde, adil dahi zâmin olduğu şeyle râhine rücû' eder. (658. madde şerhine bakınız.) Yoksa mürtehine rücû' edemez. *(Ebussuud)*

Nitekim 701. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre merhûn yed-i mürtehinde telef olduktan sonra, bi'l-istihkāk zabt olunarak müstahık mürtehine tazmîn ettirse, o da zâmin olduğu şeyle râhine rücû' eder.

"Adl" lafzı, müfred sîğasıyla zikr olunmasiyle adlin vâhid olması lâzım geleceği anlaşılmamalıdır. Çünkü adl, vâhid olacağı gibi müteaddid dahi olabilir. Bu takdirde 873. madde hükmü cârî olur. Şöyle ki adl müte'addid olduğunda, merhûn eğer kābil-i kısmet değil ise merhûnu birinin izniyle diğeri hıfz eder. Ve bu halde merhûn onun yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa, birine zamân-ı gasb lâzım gelmez. (91. maddeye bakınız.) Ve eğer kābil-i kısmet ise adiller onu beynlerinde seviyyen taksîm ile her biri kendi hissesini hıfz eder. Ve biri hissesini bilâ-izin âhara verip de yedinde iken bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa, alana zamân lâzım gelmez. Amma veren kendi hissesini zâmin olur. (783. maddeye bakınız.) *(Hindiyye)*

Bu bâbdaki adlin râhin tarafından bey'-i rehne vekîl edilmiş olması emr-i lâzım değildir. Bey'a musallat olsa da olmasa da olur. Adl-i merkūm 760. madde vechile bey'-i rehne vekîl olmadıkça rehni satmak salâhiyyetini haiz değildir. (97. maddeye bakınız.)[44]

"Kabz etse!" denildi. Zîrâ adl, merhûnu kabzetmedikçe rehnin hükmü yoktur. Çünkü 706. madde mûcibince, rehin kabza mevkūftur. Hatta râhin adli hulûl-i ecel-i deynde, bey'-i rehne vekîl ettiği halde, adl merhûnu kabzetmeden deynin eceli hulûl etse rehin bâtıl ve vekâlet bi'l-bey' bâkī olur. *(Hâniyye)* Ve bu halde, vekîl rehni sattığında semeni râhine i'ta ve teslîm eder; yoksa mürtehine değil.

Râhin ve mürtehinden birinin veya ikisinin vefâtiyle adlin sıfatına halel gelmeyip, adl, ke'l-evvel rehni habs ve imsâk eder.

LÂHİKA

Mebî'in yed-i adle tevdî'ine dâirdir.

Bayi' bir malı bey' ettikden sonra semeni kabz edinceye kadar mebî'in yed-i adlde bulunmasına müttefik olup da ol vechile yed-i adle vaz' etseler câiz ve adlin yedi, bâyi'in yedi makāmına kāim olur. Hatta yed-i adilde mebî' telef olsa, bey' münfesih ve semen sâkıt olur. *(Hâniyye)*

753. MADDE

Rehin akd olundukdan ve mürtehin tarafından merhûn kabz edildikten sonra dahi merhûn, rızâ-yı tarafeyn ile adle tevdî' olunabilir.

Yâni [**Hîn-i akidde rehni**] -merhûnu- [**mürtehin kabz etmek üzre şart edildikten**] diğer bir tâbirle râhin ile mürtehin arasında akd-i rehin edilerek mürtehin merhûnu râhinin

---

44 ولايكون للمرتهن ولاللعدل ان يتصرف فى الرهن سوى الامساك اذا لم يكن مسلطا على البيع فلا يبيع ولا يواجر ولا يستخدم, خانيه.

sarâhaten veya delâleten izniyle kabzederek ol vechile rehin tamam oldukdan [**sonra râhin ve mürtehin bi'l-ittîfâk**] merhûnu [**yed-i adle vaz' etseler câiz**] ve rehn-i mezkûr adl-i merkūm yedinde telef olduğunda mürtehin yedinde telef olmuş hükmünde olarak 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt [**olur.**] Zîrâ madde-i ânifede beyân olunduğu üzre adlin mürtehin makāmına kāim olması ibtidâen câiz olduğu gibi bu madde vechile bekāen dahi câiz olur.

Bu vaz'da ittifâk-ı tarafeyn şart oldu. Zîrâ merhûn, râhinin mülkü olmakla, onun izni olmaksızın mürtehin onu yed-i âhara vaz' ile 96. madde hükmünce onda memnu' olan tasarrufla tasarruf edemeyeceği gibi eyâdî, hıfz ve emânetde muhtelif olmakla, râhin hıfz-ı mürtehine razı olmasiyle, adlin hıfzına dahi razı olmuş addolunamaz. Binâenaleyh, bu vaz'da râhinin muvâfakatı şart oldu. Ve 729. madde hükmünce mürtehin istîfâ-yı deyne kadar onu bizzat hıfz ve imsâk ve habs etmek hakkı onun için sâbit olmakla râhin, mürtehinin bu hakkını ihlal edemez. (46. maddeye bakınız.) Binâenaleyh bu vaz'da mürtehinin dahi muvâfakati şart oldu. Madde-i ânife ile bu madde beynindeki fark: Yed-i adle tevdî' mukāvelesi madde-i ânifede esnâ-yı akidde, ve bu maddede ba'de akdi'r-rehn ve ba'de kabzı'l-mürtehin vukū' bulmakla, işbu iki madde yek-diğerinden bu cihetle iftirâk ederek biri diğeriyle müstağnî-anh olmaz. *(Hindiyye ve Bezzâziyye)*

754. MADDE

[**Deyn**] az çok [**bâkī iken adl**[45] **olan kimse râhin ve mürtehinden birinin rızâsı olmadıkça rehni diğerine**] yâni adl, rehni râhinin emri olmaksızın mürtehine, ve mürtehinin rızâsı olmaksızın râhine [**veremez.**] Çünkü rehn-i mezkûre, hem râhinin hem de mürtehinin hakkı ta'alluk eylemiştir. Zîrâ râhinin hakkı adlin yedi ve emânetiyle merhûnun hıfzına ta'alluk ettiği gibi, mürtehinin hakkı dahi merhûndan istîfâ-yı hak eylemesine ta'alluk eylediği cihetle, ehadühümâ âharın hakkını ibtâl edemez. *(Dürer)* "Diğerine veremez." tâbiri, emînine vermekden ihtirâz içindir. Zîrâ madde-i ânife şerhinde işaret olunduğu üzre emînine verebilir. *(Hâniyye)* Amma bilâ-zarûret, merhûnu vedî'aten emîni olmayan ecnebi bir kimesneye veremez. Verir ise yine zamân-ı gasb ile zâmin olur. *(Ankaravî)*

[**Ve**] adl, tarafeynden birinin rızâsı olmaksızın rehni diğerine yâni adl rehni, bilâ-izni'r-râhin, mürtehine yahut bilâ-izni'l-mürtehin râhine [**verir ise istirdâda**] Yâni adl onu bi'l-istirdâd ke'l-evvel yedine iâde etmeğe [**salâhiyyeti vardır.**] Çünkü bi-gayr-i hakkın alınan şeyin redd ve iâdesi lâzım gelir.

45 Burada adle lafz-ı mutlak olan mezkûr olmakla hem 752. hem de 753. maddedeki adle âmm ve şâmil ve binaenaleyh bu maddenin hükmü iki adlde dahi câri olur.

[**Ve kable'l-istirdâd**] yâni yed-i adle iâde olunmazdan evvel [**rehin**] râhin veya mürtehin yedinde [**telef olsa, adl onun**] kıyemiyyattan olduğu takdirde [**kıymetini**] ve misliyyattan bulunduğu sûretde mislini [**zâmin olur.**] Çünkü adl, ayn-i merhûn hakkında râhinin müstevda'ı olduğu gibi mâliyetü'l-merhûn hususunda dahi mürtehinin müstevda'ı olup, binâenaleyh râhin ve mürtehinden her biri âhardan ecnebî olmakla müstevda' 790. madde hükmünce vedî'ayı ecnebiye îdâ' edemez. *(Hidâye)*

Ve bir de adl, merhûnu mürtehine verse, bilâ-izin mülk-i gayri âhara vermiş olup bu ise 96. madde hükmünce câiz olmayacağı gibi râhine verse mürtehinin yedini ibtâl etmiş olur. (20. maddeye bakınız.) Bu ise ta'addîdir. *(Mecma'u'l-enhur)*

Bedel-i zamân ne olacaktır? Bu halde râhin ve mürtehin mezkûr kıymeti adlden kabz ederek, terâzî-i tarafeyn ile yine adl-i merkūma veya diğer bir adle tevdî' ederler. İttifâk edemezler ise hâkime mürâca'at ile, hâkim, bir adl yedine vaz' eder. Yoksa kıymet-i mezkûre adl-i merkūmdan kabzedilmeden kıymet-i mezkûre, adl-i merkūm yedinde rehin olmak üzre vaz' edilmiş itibâr olunamaz. Çünkü kıymet-i mezkûre adl üzerine vacib olduğundan, kable'l-kabz yedinde rehin kılınacak olduğunda adl, hem deyni îfâ ve hem de istîfa eyleyen olması lâzım gelir. Îfâ ve istîfânın beynlerinde ise münâfât olduğundan, bu iki sıfat bir şahısta ictimâ' edemez. *(Tahtavî ve Ankaravî)* Fakat bunda tafsîlât-ı âtiye cereyân eder.

Adl, rehni râhine vermekle zamânın hükmü: Adl, bilâ-izin rehni râhine verip de yedinde telef olmasiyle, adl, kıymetini zâmin oldukdan ve mezkûr kıymet râhin ve mürtehinin veya hâkimin re'yiyle yine adl-i merkūm veya diğeri yedine tevdî' edildikten sonra râhin, mürtehine olan borcunu te'diye etse, mezkûr kıymet, adl-i merkūmun malı olarak kalır da kıymet-i mezkûre kimin elinde ise adl ondan ahz eder. Zîrâ teslîm-i evvel ile râhin kendi malını aldığı gibi, mürtehin dahi râhinden alacağını istîfâ eylemiştir. Bu takdirde mezkûr kıymet dahi râhinin olsa, bedel ile mübeddelün-minhin mülk-i vâhidde ictimâ' eylemesi lâzım gelir.

Adl, rehni mürtehine vermekle zamânın hükmü: Adl, bilâ-izin rehni mürtehine verip de adl, kıymetini zâmin olunca râhin, ba'de edâi'd-deyn, mezkûr kıymeti adl-i merkūmdan veya kimin yedinde ise ondan alır. Bu sûretde bedelinin mülk-i vâhidde ictimâ' etmesi lâzım gelmez. Zîrâ ayn-ı merhûn, yed-i râhine vâsıl olmamış ve adl ise zamân ile mâl-i mezkûre mâlik olmuştur. *(Redd-i muhtâr)* Bu takdirde bakılır: Adl-i merkūm, mezkûr rehni mürtehine rehin olmak üzre vermiş ve meselâ "Bu senin rehnindir, alacağın mukābilinde al!" demiş ise, adl dahi kıymet-i mezkûresiyle mürtehine mürâca'at eyler. Rehnin yed-i mürtehinde telefi, gerek mürtehinin istihlâkiyle ve gerek bilâ-istihlâk olsun. Zîrâ bu i'tâ alâ vechi'z-zamândır. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim rehn olmak üzre değil, belki âriyet veya vedî'a olarak verdiği halde, mürtehin onu istihlâk etse, adl kıymetini mürtehinden alır. (787. ve 814. maddelere bakınız.) *(Hindiyye ve*

Şürünbülâlî) Amma ariyet veya vedî'a olmak üzre verip de yed-i mürtehinde, bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğu sûretde adl mürtehine rücû' edemez. Zîrâ adl zamân ile vakt-i teslîme istinâden merhûna mâlik olmakla kendi malını i'âre veya îdâ' ettiği anlaşılmış ve müste'îr ile müstevda'ın ta'addî veya taksîrleri olmadığı takdirde zâmin olmayacakları der-kâr bulunmuştur. *(Redd-i muhtâr ve Ankaravî ani'z-Zeylaî)*

"Rızâsı olmadıkça" denildi. Zîrâ rızâsı olunca verebilir.

İstisna: Hîn-i akd-i rehinde yed-i adle teslîm edilmek şartiyle akd-i rehn edilip de adle tevdî' olunan rehni, adl, bu madde vechile diğerine veremez ise de hîn-i akd-i rehinde ber-vech-i meşrûh şart edilmeksizin akd-i rehinden sonra mürtehinin ve râhinin rızâlariyle merhûn yed-i adle tevdî' olunsa, yalnız mürtehin onu bilâ-izni'r-râhin adilden alabilir. *(Redd-i muhtâr)* Amma râhin, bilâ-izni'l-mürtehin adlden alamaz.

755. MADDE

[**Adl fevt olsa**] veresesi adl makāmına kāim olamaz. [**Terâzî-i tarafeyn**] -râhin ve mürtehinin rızâları- [**ile rehin bir başka**] yed-i [**adle tevdî' olunur.**] Nitekim terâzî-i tarafeyn ile mürtehin yedine dahi tevdî' olunabileceği gibi. 749. maddeden müstefâd olacağı vechile rızâ-yı tarafeyn ile râhine dahi tevdî' olunabilir. Zîrâ hak, tarafeynin olmakla diledikleri yerde tevdî' edebilirler. Bu tafsîlâtdan anlaşılır ki ***Mecelle'***deki "bir başka adle" tâbiri tarafeynin gayrisinden ihtirâz için değildir.

[**Ve eğer beynlerinde ittîfâk hasıl olamaz ise**] hâkime mürâca'at ederler. [**Hâkim**] dahi kendisine usûlen mürâca'at vukū'unda [**rehni bir yed-i adle vaz' eder.**] *(Hâniyye)*

Nitekim bu sûretde hâkim, mürtehinin adâletde adl-i müteveffâya muâdil olduğuna vâkıf olunca rehni mürtehin yedine dahi vaz' edebilir. Velev ki râhin râzı olmasın. *(Hindiyye)* Amma bu sûretde hâkimin rehni râhinin yedine vaz' etmesinde mesâğ olmadığı bâzı rivâyâtda beyân olunmuştur.

İşbu adl-i lahık, mücerred adl-i müteveffâ makāmına kāim olmakla müteveffânın hâiz olduğu bey'-i rehne vekâleti hâiz olmuş sayılmaz. *(Hâniyye)* Binâenaleyh işbu adl-i lâhık, adl-i sabıkın vekâletine binâen rehni satsa câiz olmaz. *(Hindiyye)* Zîrâ 1529. maddede zikrolunduğu üzre vekîlin vefâtiyle vekâlet bâtıl olur. Ve râhin bu adl-i cedîdi bey'a vekîl etmiş değildir. *(Hâniyye)*

FASL-I RÂBİ‘

Bey‘-i rehn hakkındadır.

756. MADDE

[**Râhin ve mürtehinden birisi diğerinin**] izin ve [**rızâsı olmadıkça**] hiçbir sebeple [**rehni satamaz.**] Zîrâ rehinde râhinin hakk-ı mülkü bulunmak mülâbesesiyle 365. maddeye mebnî mürtehinin onu satması nâfiz olmadığı gibi, mürtehinin mezkûr rehni yedinde habs ve imsâkle alacağını ondan istîfâ etmek hakkı -ki buna hakk-ı mâliyet denilir- bulunmakla râhinin onu satması, yâni mürtehinin mezkûr hakkını ibtâl edecek sûretde onda tasarruf eylemesi câiz değildir. (46. maddeye bakınız.) *(Tahtavî)* Bu sûretde mürtehin, bi-dûni izni'r-râhin merhûnu bey‘ etdiğinde bu, bey‘-i fuzulidir. Binâenaleyh merhûn yed-i müşteride aynen mevcud olunca râhin dilerse bey‘i mücîz olur ki bu sûretde semen-i mebî‘ merhûn kalır. Dilerse bey‘i fesh eyler ki, bu takdirde bey' münfesih olacağından rehin yed-i mürtehine iâde edilir. Amma merhûn yed-i müşteride telef oldukdan sonra râhin bey'-i mezkûre icâzet verecek olduğunda câiz olmaz. (378. maddeye bakınız.) Bu takdirde râhin muhayyerdir. Dilerse müşteriye ve ister ise mürtehine tazmîn ettirir. (910. maddeye bakınız.)

Râhin, merhûn ile îfâ-yı deyn etmek istediğinde yine mürtehin râhine ruhsat verip merhûnu bey‘ ile semeninden îfâ-yı deyn etmeğe müsâade eylemeğe mecbûr değildir. Zîrâ rehnin hükmü îfâ-yı deyn edinceye kadar habs-i dâimden ibaretdir. *(Tenvîr)* Nitekim 729. madde şerhinde tafsîl olunmuş idi.

Bu madde burada mücmel olup mürûr eden 736. ve 747. maddeler bu maddenin hükmünü dahi muhtevî olmakla, şu maddenin burada lüzûm-ı hakîkîsi yoktur. Fakat mevâdd-ı âtiyeye tavtı‘e ve temhîd için getirilmiştir denilebilir.

757. MADDE

Rehinli ve mü'eccel olan [**deynin vakt-i edâsı hulûl edip de râhin**] deyn-i mezkûrün veyahut zâten mu‘accel olan rehinli deynin [**edâsından imtinâ‘ ettikde rehni bey‘ ile**] semeninden [**edâ-yı deyn etmek üzre hâkim tarafından râhine emrolunur.**] Yâni hâkim îfâ-yı deyn etmek üzre, bey‘-i rehne râhini icbâr eder. (20. maddeye bakınız.) Bu vechile icbâr üzerine râhin bey‘-i rehn etdiğinde bu bey‘, bey‘-i mükreh olmaz. Nitekim ikrahın tarifinde şerhan îzah olunur. Bu emir ve icbâra mebnî râhin eğer rehni bey‘ ile semeninden veya rehni bey‘ etmeyip başka meblağından edâ-yı deyn ederse fe-bihâ. Bu sûretde mürtehin "Bu meblağ rehnin semeni değildir. Kabul etmem. Rehni satıp onun parasından

vereceksin." diyemez. Merhûnun bey'ine ihtiyaç, merhûn cins-i deynden olmadığı sûrettedir. Amma merhûn cins-i deynden olur ise mürtehin alacağını ondan alabilir. Meselâ bir kimse nısfı altı ay, diğer nısfı bir sene mü'eccel olmak üzre alacağı bulunan on altın mukābilinde beşer yüz kuruşluk iki aded Osmanlı altını rehin aldığında, altı ay hulûlinde merhûnun nısfını bir sene hulûlünde diğer nısfını alacağı mukābilinde zabt edebilir. *(Hâniyye)* Bunda râhinin rızâsı yahut hâkimin hüküm ve kazâsı şart değildir.

[**Eğer**] râhin bey'-i rehinden [**ibâ ve**] sâir sûretle de te'diye-i deynden [**inad eder ise, hâkim**] kendisine usûlen mürâca'at vukû'unda bizzat kendisi veyahut emîni [**rehni,**] kıymet-i hakîkıyyesiyle [**bey' ile**] semeninden [**deyni**] mürtehine [**edâ eder.**] Bu bey' fuzûli olmayıp nâfiz ve mu'teber olur.

Hâkimin sûret-i bey'i hakkında el-yevm mer'î bulunan usul şudur. Mürtehin, mahkemeye mürâca'at ederek râhinden alacağını ve rehnin satılmasını iddiâ eder. Alacak ve merhûniyyet sâbit olunca, mahkeme merhûnun bey' ile îfâ-yı deyn edilmesini hükm eder. Bu hükmü hâvî bulunan i'lam râhine tebliğ olunduktan sonra merhûn icrâ dâiresi marifetiyle ale'l-usûl bey' edilir. *(Şarih)*

Bu takdirde uhde-i bey' yine râhine ait olur. Yoksa bizzat bey'a tevellî eden hâkime veya emînine ait olmaz. Diğer bir ta'bîrle 1461. maddede beyân olunduğu üzre her ne kadar uhde-i bey' bayi'a -velev ki bayi' vekîl olsun- ait olur ise de, burada yine medyûna ait olur.[46] Bu sûretde merhûnun semeni deyne müsâvi gelir ise, febiha; fazlası râhine reddolunur. Noksan gelirse mürtehin mütebâkī meblağı râhinden ister. Ve başka emvalinden hakk-ı istîfâsı bulunur.

Bu rehin, râhinin süknâsına mahsus olup da ondan başka kendisinin, veya kendisi vefât etmekle veresesinin sâkin olacak hânesi bulunmasa bile ber-vech-i mezkûr satılır. Çünkü buna mürtehinin hakkı ta'alluk ettiğinden 999. maddeye mukîs olamaz. *(Redd-i muhtâr)*

Şurası unutulmamalıdır ki, gerek bu gerek âtî 758. ve 759. maddelerin ahkâmı, râhin bey'-i rehne kimseyi tevkîl etmediği sûrettedir. Amma râhin ol vechile birini tevkîl eder ise bunun hükmü âtî 760. ve 761. maddelerde beyân olunur.

Bu maddenin fıkra-i ahîresi, İmameyn rahimehümâ'llahü Te'âlâ'nın mezhebleridir. Amma İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre, hâkim rehni satamaz. Belki râhin kendisi satıncaya, yahut sâir sûretle borcunu te'diye edinceye kadar hâkim o râhini habs eyler.[47]

46 Nitekim el-yevm mer'î bulunan usule göre bu merhûnu icra dairesi satsa, uhde-i bey' icrâ dairesine değil râhine ait olur.

47 وهذا فرغ اختلافهم فى الحجر بالفلس, شبلى.

758. MADDE

[**Râhin**] gaybet-i munkatı‘a ile [**gāib olup da**] onun [**hayat ve memâtı ma‘lûm**] ve binâenaleyh madde-i ânife vechile râhine mürâca‘at edilmek mümkün [**olmasa, mürtehin rehni**] kıymet-i hakīkiyyesiyle [**bey‘ ile**] bedelinden [**alacağını istîfâ etmek üzre hâkime mürâca‘at**] yâni bey‘-i rehn için hâkimden izin alarak hâkimin verdiği izin üzerine mürtehin rehni satıp semeninden matlûbunu istîfâ [**eder.**] *(Lisanü'l-hükkâm)* Mürtehinin bu mürâca‘atı üzerine hâkim rehni bizzat satsa yahut bir emînine sattırarak semeninden mürtehinin alacağını tesviye etse, bu da câiz olur. Bu sûretde bedel-i rehn deyne müsâvi gelirse febiha; fazla olursa bu fazlayı hâkim, gāib için nasb edeceği kayyime muhâfaza ettirir. [48] Noksan gelirse mürtehin noksanını zafer-yâb olduğunda râhinden alır. Nitekim râhin vefât etmiş ise hâkim yine rehni satar; yahut adle izin verip sattırır. *(Hâniyye)*

759. MADDE

[**Rehnin**] mürtehin yedinde bir müddet durmasiyle [**fesâdından**] meselâ merhûn hânenin harâbe-müşrif olmasından [**havf olunur ise**] nazar olunur. Râhin hazır ise ona mürâca‘at edilir. Zîrâ merhûn onun malıdır. Bu itibâr ile evvelemirde ona mürâca‘at edilmek lâzım gelir. Bu sûretde râhine mürâca‘atın lüzumu 757. maddeden münfehim olur. Bu cihetle bu sûret ***Mecelle***'de zikrolunmuyor.

Amma râhin gaybet-i munkatı‘a ile gāib olup, hayat ve memâtı malum olmaz yâni râhin mefkūd olur ise [**mürtehin onu izn-i hâkimle satabilir.**] Diğer bir ta‘bîrle mürtehin hâkime mürâca‘at eyler de hâkim dilerse kendisi satar; ister ise mürtehine izin verip de sattırır. Zîrâ hâkim, mefkūdun fesâdından havf olunan malını satmağa vazifedârdir. *(Ankaravî)* (58. maddeye bakınız.)

Bu maddenin hükmü râhinin gaybet-i munkatı‘a ile gāib olması sûretine munhasırdır. Böyle olduğu madde-i ânifeyi takiben bu maddenin getirilmesiyle dahi müstefâd olur. Amma râhin, mefkūd değil ise ona mürâca‘at edilmek lâzım gelir. Zîrâ mal sahibi odur.

[**Ve**] ber-vech-i bâlâ satılan rehnin [**semen**]i mürtehinin alacağı cinsinden olup da deyn dahi mu‘accel ise halen, ve mü'eccel ise inde hulûli‘l-ecel alacağına mahsûb edilir. Amma mezkûr semen deyn cinsinden değil ise, mürtehin mezkûr semeni ahz ile [**kendi**] -mürtehin- [**yedinde**] asıl rehin gibi [**rehin olur.**] *(Ankaravî)* Yoksa hâkimin yahut râhinin izni olmaksızın mürtehin rehn-i mezkûrü satamaz. (96. maddeye bakınız.) [**Ve**] binâenaleyh [**eğer**] mürtehin rehn-i mezkûrü [**hâkimin**] yahut râhinin [**izni olmaksızın satar ise**] 358. maddede beyân olunan şerâit-i icâzet mevcut olunca râhin geldiğinde muhayyerdir. Dilerse bey‘a icâzet verir; bu sûretde bey‘ nâfiz ve semen-i mebî‘ merhûn olur. Dilerse bey‘i fesh

48 El-yevm mer‘î bulunan usule göre bu fazla icrâ daireleri veznelerinde muhâfaza olunur.

ederek mebî'i rehniyyete redd ve iâde eyler. Eğer mebî' telef olur ise mürtehin onun bedelini [**zâmin olur.**] (891. maddeye bakınız.) Nitekim mebî' yed-i müşteride aynen mevcud olsa bile râhinin mürtehinden yine hakk-ı tazmîni olduğu 1636. maddeden münfehim olur. Zîrâ gāib ve mefkūd bulunan mâlike nazar ve menfa'at için bey'a velayet hakkı ancak hâkim için sâbit olur. *(Redd-i muhtâr)*

[**Kezâlik**] zevâid-i rehinde dahi ber-vech-i meşruhtur. Şöyle ki [**rehin olan bağ ve bostanın meyve ve sebzesi**] gibi 715. maddede mezkûr zevâid-i mütevellide [**yetişip de**] çürüyüp [**telef olmasından havf olunsa bile**] mezkûr meyve ve sebze, râhin gāib ise ancak [**re'y-i hâkim**] yahut râhin hazır ise izn-i râhin [**ile satılabilir.**] Yâni râhin gāib olunca mürtehin hâkime mürâca'at eyler de, hâkim dilerse bu zevâidi kendi satar veya emînine sattırır. Dilerse onu bey'a, mürtehine izin verir. Bu suver-i selâseden hangi sûretle satılırsa bey' nâfiz olup kimseye zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bakınız.) Yoksa, bi-dûni izni'l-hâkim, mürtehin onu satamaz. Zîrâ mürtehinin velâyeti merhûnu habsdedir; yoksa bey'de değildir. Halbuki, râhin gāib olunca hâkime arz ederek re'yini istihsâle dahi mürtehin muktedirdir.

Hatta hâkime ref'-i mes'ele mümkün olmayan mevzuda mürtehin ziyâdeyi kendi kendine bey' edebileceği gibi, mürtehin hâkime ref'-i mes'ele edip de re'yini istihsâle mübaşeret ettiği takdirde biraz vakit mürûr ederek merhûnun zevâid-i mezkûresi fâsid veya telef olacak olduğunda, râhin, yine kendi kendine satabilir. *(Redd-i muhtâr kubeyle babi'r-rehn yûza'u alâ yed-i adl).* Zîrâ 21. madde hükmünce, zarûretler memnu' olan şeyleri mübah kılar.

El-hasıl, merhûnun fesadından havf olunduğunda satılabilmesi, râhinin gaybeti halinde izn-i hâkimle meşrûttur. Gerek asl-ı merhun ve gerek onun zevâidi olsun.

Bu fıkradaki "bile" lafzı "in"i vasliyyenin tercümesidir. "in"i vasliyye, dahil olduğu şartın nakîzı ceza makāmında mezkûr olan hükme ehakk olduğu makāmda kullanılır. Şöyle ki:

Meselâ ***(Zeydün lâ yükrimü'l-fakîre ve in kâne ganiyyen)*** yâni Zeyd, zengin olsa bile fakire ihsan eylemez. Denilir ki bunda ganî olmak şartının nakîzı bulunan fakr, ceza makāmında mezkûr olan adem-i ikrâma ehakk olur. *Hindiyye* 'de bu mes'ele beyân olunduğu sırada "in"i vasliyye ma'nâsını iş'âr eden şey zikredilmiş değildir. "in"i vasliyyenin salifü'z-zikr mevki'-i isti'maline göre "bile" lafzından şu anlaşılır ki fesadından havf olunmayan zevâidin izn-i hâkimle satılması bi-tarîkı'l-evlâdır. Halbuki bu zevâidin satılması asla câiz değildir. *Redd-i muhtâr* 'da "in"i vasliyye mezkûr ise de orada bulunan ibârede nefy bulunmakla isti'mali mevki'inde vâki' olmuştur ki oradaki ibâre şudur: ***«Leyse li'l-mürtehini bey'u semereti'r-rehni ve in hâfe telefehâ»*** Bu îzâhattan anlaşıldı ki *Mecelle'*de mezkûr olan "bile" lafzı mevki-i lâyıkında müsta'mel değildir.

[**Amma**] mezkûr meyve ve sebzeyi [**hod-be-hod**] yâni re'y-i hâkim, veya izn-i râhin istihsâl edilmeksizin [**mürtehin satsa zâmin olur.**] (96. ve 715. maddelere bakınız.) Sûret-i zamâna gelince râhin dilerse müşteriye tazmîn ettirir; çünkü müşteri gāsıbü'l-gāsıbdır. Dilerse

mürtehine tazmîn ettirir; çünkü mürtehin gāsıbdır. Nitekim râhin şerait-i icâzet mevcud olduğu halde bey'i mücîz dahi olabilir.

Merhûnun mülk-i râhinden izâlesini îcâb eden tasarrufu mürtehin icrâ edemez. Eder ise zâmin olur. Bu tasarrufâta nazaran *Mecelle'*deki satmak lafzı ihtirâzî değildir. Nitekim merhûn koyun olup da hastalanmakla helâk olmasından havf olunsa bile mürtehin onu zebh edemez. Ederse zamân lâzım gelir. *(Tenkīh)*

*Mecelle'*deki satmak tâbiri diğer itibâriyle ihtirâzîdir. Zîrâ ayn-ı merhûnun mülk-i râhinden izâlesi îcâb etmeyip, belki hıfz ve fesâdından vikâye için olan tasarrufu mürtehin bilâ emri'l-hâkim dahi icrâ edebilir. Şöyle ki mürtehin bağ ve bostanın meyvesini hâkimin emri olmaksızın toplasa da hıfz etse, zamân lâzım gelmez. Çünkü bu muâmele hıfzdır. Merhûnun hıfzı ise mürtehinin hakkıdır. Şu kadar var ki mürtehin bunları toplarken bağa ve ağaçlara noksan vermemek lâzımdır. Hatta noksanlık verir ise, noksan miktarı deynden sâkıt olur. *(Tenkīh)*

760. MADDE

[**Deynin vakt-i edâsı hulûl etdikde**] yâni vekâlet-i muzâfe ile [**rehni satmak üzre râhin mürtehini, veya adli yahut**] vekâlete ehil olan [**başka birini tevkîl etse**] 1459. maddede muharrer olduğu üzre bu vekâlet [**sahîh olur.**] *(Hâniyye)* *Mecelle'*de beyân olunan vekâlet, vekâlet-i muzâfedir. *Mecelle'* de sûret-i vekâletin vekâlet-i muzâfe olarak zikredilmesi, kayd-ı ihtirâzî olmayıp belki hükm-i ekserîyi beyândır. Binâenaleyh, bey'-i rehne, vekâlet-i münecceze ile tevkîl dahi câiz ve sahîhdir. Zîrâ rehin râhinin mülkü olmakla, dilediğini malının bey'ine müneccezen veya mu'allakan tevkîl edebilir. *(Ebussuud)* Çünkü, 1192. madde hükmünce herkes kendi mülkünde ***keyfe mâ yeşâ*** tasarruf eder. Fakat iki vekâlet arasında fark vardır.

Şöyle ki; bu vechile vekâlet-i muzafe ile tevkîl edildikde, deynin vakt-i edâsı hulûl edince vekîl rehni bey' edebilir; ondan evvel bey' edemez. (1456. maddeye bakınız.) Lâkin deynin vakt-i edâsı hulûl edince satmak üzre yâni vekâlet-i muzâfe ile değil; ale'l-ıtlak bey'a tevkîl eyledikde o vekîl, kable hulûli'l-vakt dahi rehni bey' edebilir. *(Hâniyye)* Bu sûretde bu vekîl, mahkemenin hükmü olmaksızın dahi rehni satabilir. Ve bu vechile vekâleten satdığında semen-i mebî', merhûn makāmına kāim olur.

Amma vakt-i tevkîlde vekîl edilen kimse vekâlete ehil olmayınca "vekîlin sağîr-i gayr-i mümeyyiz olması gibi" vekâlet sahîh olmaz. (1458., 957. ve 966. maddelere bakınız.) *(Feyziyye)*.

Hatta sağîr-i merkūm ba'de'l-bülûğ bey' etse bile, İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre sahîh olmaz. Zîrâ emr-i vekâlet bâtıl oldu. Şu sebeble ki vakt-i emirde vekîlin bey'a iktidârı yoktur. Binâenaleyh ondan sonra vekâlet sıhhate münkalib olmaz. Fakat İma-

meyn rahimehümâ'llahü Te'âlâ'ya göre bu sabînin ba'de'l-bülûğ bey'i sahîh olur. Zîrâ vakt-i imtisâlde vekîlin bey'a kudreti vardır. Her ne kadar vakt-i tevkîlde yok ise de. *(Ebussuud)* Demek ki me'murun vekâlete ehliyyeti inde'l-imam vakt-i tevkîlde bulunmak ve inde'l-imameyn vakt-i imtisâlde sâbit olmak lâzımdır.

Vekâlet-i mezkûre akd-i rehinde meşrût olarak akdi câiz olduğu gibi ba'de akdi'r-rehn dahi icrâsı câiz ve bu vekâlete binâen vekîlin rehni satması dahi sahîh olur.

Amma râhin tarafından böyle vekâlet olmaksızın rehin bey' olunamaz. (96. ve 365. maddelere bakınız.) Bey'-i rehne vekîl olan adl veya mürtehin rehni bi'l-bey' semeni kabz edince, semen-i mezkûr yedinde merhûn olarak kalır. Binâenaleyh semen-i mezkûr mürtehin veya adl yedinde iken telef olduğunda 741. madde şerhindeki lâhika vechile mezkûr semen mikdârınca deyn sâkıt olur. *(Şerhu'l-Mecma')*

Nitekim semen-i mezkûr müşteri zimmetinde olduğu yâni henüz kabzedilmediği halde müşterinin müflisen vefâtiyle semen-i mezkûr telef olduğunda yine mürtehin üzerine telef olarak lâhika-i mezkûre vechile bu semen mikdârınca deyn sâkıt olur.

Bu vecihle merhûn satıldıktan sonra, semen-i mebî' telef olduğunda bâlâda zikrolunduğu üzre, semen-i mezkûr miktarı deyn sâkıt olur; yoksa rehnin kıymet-i hakīkıyyesi değil.

Meselâ bin beş yüz kuruşa mukābil merhûn olan malı bey'a vekîl olan meselâ adl, bin kuruşa bey' ile semeni kabzettikden sonra, semen-i mezkûr adl yedinde telef olduğunda deynden yalnız bin kuruş sâkıt olur; yoksa deynin kıymet-i hakīkıyyesi bin elli kuruş olsa deynden bin elli kuruş sâkıt olmayacağı gibi, rehnin kıymet-i hakīkıyyesi dokuz yüz elli kuruş olsa deynden dokuz yüz elli kuruş sâkıt olmaz. Demek ki bu husus 741. madde şerhinde "Mürtehine nisbeten rehinde mu'teber olan kıymet, yevm-i kabzındaki kıymetdir." diye îzâh edilen mes'eleye makîs değildir. *(Bezzâziyye ve İnaye)*

[**Ve**] vekâlet-i mezkûre akd-i rehinde şart veya ba'de akdi'r-rehn icrâ edildiğinde [**artık râhin o vekîli**] yâni mürtehini, veya adli, veya başkasını mürtehinin rızâsı olmaksızın [**vekâletden azledemez.**] Velev ki bu, vekâlet-i devriye olmasın. Zîrâ vekâlet vakta ki akd-i rehinde şart edildi; rehnin evsâfından bir vasıf ve hukukundan bir hak oldu. Binâenaleyh, asl olan rehin lâzım olduğu gibi rehnin vasfı olan vekâlet dahi lâzım oldu. Bir de bu vekâlete hakk-ı mürtehin ta'alluk etmekle râhin onu azl edebilse hakk-ı mürtehinin itlâfına müeddî olur. *(Hidâye).* İşte vekâlet, ukūd-ı lâzımeden olmayıp müvekkil, vekîlini dilediği zeman azl etmeğe muktedir olduğu halde, müvekkil olan râhinin bu vekîli azl etmeğe muktedir olamaması esbâb-ı mezkûreden ileri geliyor.

Mecelle'nin "Râhin azl edemez." demesi mürtehinden ihtirâz için değildir. Mürtehin dahi bu vekîli azl ve bey'-i rehinden men' edemez. *(Hâniyye)* Zîrâ, mürtehin onu tevkîl etmiş değildir.

Bu vekâlet, ber-vech-i mezkûr aslen lâzım olduğu gibi vasfen dahi lâzım olur. Binâenaleyh râhin, vekîl-i merkūmu bey'-i mutlaka vekîl ettikden sonra veresiye satmaktan men' u nehy etse, men' u nehyi mu'teber olmaz. *(Mecma'u'l-enhur)*

Amma râhin vekîlini hîn-i akd-i rehinde ve hîn-i tevkîlinde veresiye satmaktan nehy etse, nehyi mu'teber olur. (1498. maddeye bakınız.) *(Dürer ve Hindiyye)*

Ba'de'r-rehn, edilen tevkîlden azl hakkında ihtilâf-ı fukahâ:

Ba'de akdi'r-rehn vukū' bulan bey'-i rehne vekâletden vekîlin azl olunup olunmayacağı hakkında ihtilâf olunmuştur. Bâzı fukahâ cevâz-ı azle ve râhinin vefâtiyle dahi mün'azil olacağına zâhib oldukları halde diğer bâzı fukahâ vekîl-i merkūm râhin tarafından azl edilmekle yahut râhinin vefâtiyle mün'azil olmayacağına zâhib olmuşlardır. Fakat ***Sahibi Hidâye***, ***Mülteka*** ve Fahru'l-millet ve'd-dîn ***Kādıhân*** bu vekîlin dahi azl, veya vefât-ı râhin ile adem-i in'ızal cihetini tercîh ve tashîh eylemişlerdir ki ***Mecelle'***nin ıtlakı dahi bu kavlin ihtiyâr olunduğunu iş'ar etmekdir.

Şerhan "mürtehinin rızâsı olmaksızın" denildi. Zîrâ mürtehinin rızâsiyle râhin, vekîli azl edebilir; yerine başkasını gerek tevkîl etsinler, gerek etmesinler. Fakat 1523. maddede mezkûr olduğu üzre haber-i azlin o vekîle vusûlü şarttır. Binâenaleyh haber-i azl o vekîle vâsıl oluncaya kadar, vekîl-i merkūmun vekâleti bâkī addolunur. *(Hindiyye)* (17. maddeye bakınız.)

[**Ve**] müvekkil olan [**râhin ve**] kezâ [**mürtehinden birinin**] yahut her ikisinin [**vefâtiyle**] yahut tecennün etmesiyle [**dahi**] vekîl-i merkūm yâni mürtehinden başka olan vekîl, vekâletden [**mün'azil olmaz.**]

Râhinin vefâtiyle mün'azil olmadı. Zîrâ vekâlet, akd-i rehnin lüzûmiyle lâzım oldu. Çünkü vekâlet, akd-i rehinde şart edilince rehnin evsâfından bir vasıf ve hukûkundan bir hak alacağı ve rehin bunların vefâtiyle bâtıl olmayacağı cihetle, aslın lüzumiyle vekâlet dahi lâzım oldu. Velev ki vekâlet-i mezkûre ba'de akdi'r-rehn olsun. Nitekim ânifen tafsîl olundu. (1521., 1522. ve 1527. maddelere bakınız.)

Mürtehinin vefâtiyle dahi mün'azil olmaz. Zîrâ mürtehin onu tevkîl etmiş değil idi. *(Ebussuud ve Şerhu'l mecma')*

Bu cihetle râhin vefât ettikden sonra dahi bey'a vekîl olan meselâ mürtehin, râhinin veresesi esna-yı bey'de hazır bulunmasalar bile rehni bey' edebilir. *(Hindiyye)* Hatta vâris ba'de'l-bey' hazır olduğunda bey'i nakz edemez. Zîrâ bu vekâlete hakk-ı mürtehin ta'alluk etmiştir. Nitekim vekîl-i merkūm, ber-hayat olan râhinin gıyâbında dahi rehni bey' edebilir. Râhinin rızâsı yahut hâkimin hüküm ve kazası şart değildir.

Burada müvekkilin yâni râhinin vefâtı tâbiri vekîlden ihtirâz içindir. Zîrâ vekîl vefât yahut kesb-i ifâkat etmesinden kat'-ı ümid olunur sûretde tecennün etdiğinde vekâletin hükmü kalmaz. (1519. maddeye bakınız.) Vekîl gerek mürtehin veya adl olsun, veya bunların gayri bulunsun. Amma bu halde rehniyyet yine bâkīdir.

Bu cihetle müteveffâ veya mecnun olan vekîlin vârisi veya vasîsi onun makāmına kāim olmaz. *(Hâniyye)* Zîrâ vekâletde irs cereyân etmez. Ve bir de müvekkil yâni râhin, vekîl-i müteveffânın re'yine itimad ve buna râzı olmuş değildir. *(Dürer ve İnaye)*

Hatta bu vasî veya varis, rehni bey' etse sahîh olmaz. Şu kadar var ki; vekîlin âharı tevkîle de me'zuniyyeti olunca bu vekîlin vasîsi rehni bey' edebilir. Tevkîle me'zuniyet şöyle olur ki, râhin asıl vekâletde "Seni rehnin bey'ine vekîl ettim ve senin yapacağın her şeyi mücîz oldum." dese vasîsi rehni bey' edebilir. Lâkin bu vasînin vasîsi bey'-ı mezkûrü âhara vasıyyet edemez. *(Ebussuud)*

Fakat vekîl, kesb-i îfâkat etmesi me'mûl olur sûrette tecennün ettiğinde vekâletden mün'azil olmaz. Kesb-i îfâkat ettiğinde bey' edebilir. *(Hindiyye ve İbni Nüceym)* Yoksa hal-i cünûnunda bey' edemez. (979. ve 980. maddelere bakınız.)

İstisna: Râhin, bir malı rehin ve bunu bey'a adli tevkîl ettiği halde, rehni mürtehin kabzettiği gibi adl dahi kabz etse 706. maddeye mebnî rehin hükümsüz ise de 1449. maddeye binâen bey'a vekâlet sahîh ve adl o malı sattığında nâfiz olur. Ve adl-i merkūm semen-i mebî'i râhine verir; yoksa mürtehine değil.

Şu kadar ki adl, semen-i mezkûrü mürtehine verse zâmin olmaz. Zîrâ hakkı müstahıkkına vermiş ve adâlete hizmet etmiş olur. Ve bu mes'ele vechile olan vekâlet lâzım olmayıp, râhin adli azledebileceği gibi râhinin vefâtiyle, veya mecnun olmasıyla dahi adl-i merkūm vekâletden mün'azil olur. *(Hindiyye, bi-ziyâdetin)*

Tetimme: Bu madde vechile bey'-i rehne vekîl olan kimse , merhûnu kendi kendine satabilir. Bunun için mahkemeye mürâca'at olunarak hüküm istihsâline hâcet yoktur. Merhûn gerek menkul, gerek akār olsun.

Meselâ bir kimse, diğer kimesneden yirmi altın istikraz ederek mukābilinde o kimesneye bir saatini terhîn ve teslîm ile beraber, mezkûr saati bey' ederek bedelinden istîfâ-yı deyn eylemek üzre mürtehine vekâlet verse, bu vekâlete binâen mürtehin mezkûr saati satarak alacağını istîfâ eder. Râhin, "Bana haber vermedin." yahut "Mahkemeden i'lam almadın." diyemez. Bu vekâlet gerek devriye olsun, gerek olmasın. Şu kadar ki merhûn akār olur ise akārın bey' edilmesi birtakım muâmelât-ı resmiyyeye tabi' olduğundan, bey'-i merhûna vekâleti câiz bulunan mürtehin yahut diğeri bu akaārı kendi kendine bey' edemeyip, bunun bey'inde el-yevm usul-i âtiye mer'îdir.

Şöyle ki vekâlet-i devriyye ve bey‘ bi'l-vefâ tarîkı, ve defter-i hâkanî senedi ile deynlere terhîn edilen emlâk-ı sırfe ile arazî-i emîriyyenin füruhtu hakkında dâyinler tarafından defter-i hâkanî memurlarına mürâca‘at edilir. Ve bey‘ bi'l-vefâ ve vekâleti natık sened-i hâkanî bunlara irae olunur. Bunun üzerine defter-i hâkanî memurları tarafından medyûna tahrîren ihbar-ı keyfiyyet edilir. Medyûn, müddet-i muayyene zarfında borcunu tesviye eylemez ise, defter-i hâkanî memurları bu akārı bi'l-müzâyede füruht ederek esmânından dâyinin alacağını tesviye ederler. Fakat bu esnada râhin-i medyûn, mahkemeye mürâca‘at ederek "Borcumu tesviye etmiş idim." gibi müdde‘iyyatta bulunup da mahkeme tarafından bey‘ muâmelesinin te'hirine dâir defter-i hâkanî memurlarına iş‘âr olunur ise, emr-i müzâyede, lâhık olacak hükme intizâren te'hir olunur. Bu muâmele ***10 Eylül sene 306*** tarihinde sadır olan İrade-i Seniyye üzerine mer‘iyyü'l-icrâ olmuştur. Lâkin îzâhat-ı salifeden anlaşılacağı üzre bu usul-i bey‘ ve ferâğ, emlâk-ı sırfe ile arazî-i emîriyyeye mahsus olup, müsakkafât ile müstagıllât-ı vakfiyye deyn mukābilinde vefâen ferağ olunduğunda, bunun berâ-yı deyn füruhtu mahkemenin hüküm ve i‘lamına mütevekkıf olup, vekîl kendi kendine yapamaz. Yâni defter-i hâkanî memuru bu vekîlin ferâğına müsâade etmez. *(Şarih)*

Bey‘-i rehne vekîl ile âdî bey‘a vekîlin iftirâk ve ittihad ettikleri ahkâm: Bey‘-i rehne vekîl ile âdî bey‘a "rehnin gayri emval-i bey‘a" vekîl dört sûretde iftirâk ederler.

Sûret-i ûlâ: Bey‘-i rehne vekîl merhûnun ve 715. maddede beyân olunan ziyâdenin bey‘ine icbâr olunur. (Madde-i âtiyeye bakınız.) Vekâlet gerek akd-i rehinde ve gerek ba‘de'l-akd şart edilsin. Ba‘de akdi'r-rehn icrâ kılınan vekâletde dahi vekîle cebr olunmak İmam Ebû Yusuf'un kavlidir. Amma zâhir rivâyete göre ba‘de'r-rehn olan vekâletde cebir yoktur.[49] Lâkin adi bey‘a vekîl, satmağa vekîl olduğu malın bey‘ine icbâr olunamaz. Zîrâ müvekkil bi-nefsihi bey‘ edebileceğinden müvekkilin hakkı bâtıl olmaz. Ve vekîl, levâzım-ı vekâleti îfâdan imtinâ‘, ve nefsini vekâletden ihrac edebilir. (1522. maddeye bakınız.)[50]

Sûret-i sâniye: Bey‘-i rehne veki, müvekkil olan râhin tarafından azledilmesiyle mün‘azil olmaz. Amma âdî bey‘a vekîl müvekkilin azledilmesiyle mün‘azil olur. (1521. maddeye bakınız.)

Sûret-i sâlise: Bey‘-i rehne vekîl müvekkilin *(râhin)* vefâtiyle mün‘azil olmaz. Amma âdî bey‘a vekîl, mün‘azil olur. (1527. maddeye bakınız.)

Sûret-i râbi‘a: Bey‘-i rehne vekîl deynin cinsinin muhâlifi bulunan semen mukābilinde merhûnu bey‘ ettiğinde, semen-i mebî‘i cins-i deyne bey‘-i sırf ile tahvîl edebilir. Amma âdî vekîlin buna salâhiyyeti yoktur. *(Ebussuud)*

---

49 لان الوكالة انما يلزم بسراية اللزوم من الرهن اليها فاذا ثبت قصدا يعطى له حكم نفسه وهى فى نفسها اعانة والمعين لايجبر وهذا اصح, كفايه.

50 اما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لايملك البيع بنفسه, ابو السعود.

Vâkı'â bu iki vekâlet beşinci sûretle de iftirâk ederler. Lâkin bunun için *Tenvîr*'e mürâca'at edilmek iktizâ eder.

Bu sûretlerden başka husûsâtda bey'-i rehne vekîl ile âdî bey'a vekîl arasında fark olmayıp, ikisi de ahkâmda müsâvîdir. *(Hindiyye)* Nitekim ber-vech-i âtî îzâh olunur.

1- Bey'-i rehne vekîl ve kezâ âdî vekîl, rehni beyne'n-nâs müteâref olan ecel ve peşin para ile aza ve çoğa sayabilir. Zîrâ vekâlet mutlak olup, mutlak ıtlakı üzre cârî olur. Velev ki vekîl-i merkūm, rehin kendisine tevdî' edilen adl olsun. Bu vechile adl rehni veresiye satıkdan sonra mürtehin alacağını râhinden taleb ettiğinde râhin,"Semen-i merhûnu ihzâr etmedikçe borcu vermem." diyemez. (730. madde şerhine bakınız.)[51]

Amma vekîl mürtehin olup da semeni kabz etmiş ise semenin ihzariyle mükellef olur. *(Feth)* Lâkin bey'-i rehne vekîl dahi âdî bey'a vekîl gibi beyne'n-nas müteâref olmayan ecel ile merhûnu satamaz. On sene müddetle mü'eccelen bey' gibi. *(Ebussuud)* Şu kadar var ki merhûn, mürtehin yedinde bulunup da adl bulunmamakla râhin rehni bey' ile semeninden istîfâ-yı deyne mürtehini vekîl ettiğinde, mürtehin dahi nes'eten bey' etse câiz olur. Nitekim peşin para ile satmak üzre emre delâlet edecek karîne bulunduğunda vekîl yine veresiye satamaz. (1494. ve 1498. maddelere bakınız.) *(Hindiyye)* Meselâ râhin vekîle "Mürtehin benden alacağını mutâlebe ve beni tazyîk ve ezâ ve cefâ ediyor. Rehni sat ki elinden kurtulayım." dediği sûretde vekîl artık merhûnu nes'eten yâni mü'eccelen bey' edemez.

2- Bey'-i rehne vekîl olan adl, rehni bey' ettikden sonra semeni kabzetmeden müşteriye hibe etse câiz ve semen-i mezkûrü zâmin olur. (1461. maddeye bakınız.) Amma semeni kabzettikten sonra makbuzu olan semeni aynen, küllen veya ba'zen müşteriye hibe etse sahîh olmaz. (857. maddeye bakınız.) Şu kadar var ki bu vekil bi'l-bey' bulunan adl, semen-i mebî'den bir miktarını ba'de'l-kabz müşteriden hat ve iskāt etse 158. madde şerhine mebnî hat ve iskāt sahîh ve ol miktar semeni, adl-i merkūm, kendi malından müşteriye iâde etmesi lâzım olur. Yoksa mürtehine verilen paradan iâde edemez. Adî bey'a vekîlde dahi hüküm böyledir.

3- Adl-i merkūm rehni bey' ve semeni kabzettikten sonra semen-i merkūm yedinde telef olduğunu iddiâ ettiğinde 777. ve 1774. maddelere mebnî adl tasdik olunarak semen-i mezkûr mürtehin üzerine telef yâni 741. madde şerhindeki lâhika vechile deyn sâkıt olur. Nitekim bu maddenin esnâ-yı şerhinde beyân edildi.

4- Adl, rehni satıp semeni küllen veya ba'zen mürtehine teslîm ettiğini iddiâ ve mürtehin inkâr ettiğinde, adl yemîniyle tasdîk olunur.(777. ve 1774. maddelere bakınız.) Binâenaleyh mürtehinin hakkı sâkıt olur.

---

51 لان الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لابطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لوباع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل, عنايه.

5- Bey'-i rehne vekîl olan kimse rehni oğluna veya zevcesine satamaz. (1417. maddeye bakınız.) Fakat satıp da râhin ve mürtehin yâni ikisi de mücîz olur ise câiz olur. Amma yalnız birisinin mücîz olmasıyla câiz olmaz. Âdî bey'a vekîlde dahi hüküm böyledir.

6- Bey'-i rehne vekîl olan kimse rehni satmak üzre başka bir şahsı tevkîl etmekle, o şahıs dahi sattığında bakılır: O şahıs o kimsenin huzurunda satar yahut o kimse kaça satacağını o şahsa beyân eylemiş ise, bey' câiz olur. Ve eğer o şahıs o kimsenin gıyabında satar ise câiz olmaz. Meğer ki ba'dehü onu mücîz olsun. (1453. maddeye bakınız.)

7- Rehni bey'a vekîl iki şahıs olup da yalnız birisi satar ise câiz olmaz. Meğer ki diğer vekîl yahut râhin ve mürtehin mücîz olsun. Zîrâ bey', re'ye mütevakkıf olup vâhidin re'yi müsennânın re'yi gibi olamaz. Ve yalnız râhinin yahut yalnız mürtehinin mücîz olmasıyla câiz olmaz. (746. ve 747. maddelere bakınız.)

8- Bey'-i rehne vekîl olan adl, rehni bey' ve semeni mürtehine i'ta ettikden sonra, mebî'de ayb-ı kadîm bulunsa, müşteri adl-i merkūm ile müsâmaha eder. (1461. maddeye bakınız.)

Ayb-ı kadîm beyyine ile isbât ve reddiyle hüküm olunduğunda, hükm-i vâki' râhin ve mürtehine dahi sirâyet eder. (87. maddeye bakınız.) Şöyle ki; ayb-ı mezkûr bi'l-beyyine sâbit olmakla, hâkim mebî'in adle reddiyle hükmettiğinde, adl, semeni müşteriye zâmin olur. Zîrâ müşteriden semeni kabzeden odur. Ve adl dahi semen-i mezkûr ile, semeni mürtehine teslîm ettiği takdirde- mürtehine mürâca'at yâni semen-i mezkûrü ondan istirdâd eder. İşte hükmün mürtehine sirâyeti anlaşıldı. Bu sûretde mebî' ke'l-evvel rehin olmağa avdet eder de adl onu tekrar bey' edebilir.

Nitekim ayb-ı kadîm bi'l-beyyine sâbit olması üzerine mebî' hükm-i hâkimle adle reddolunduğunda, adl, semen-i mebî' ile râhine dahi mürâca'at edebilir. İşte hükmün râhine sirâyeti dahi anlaşıldı.

Ayb-ı kadîm beyyine ile isbât edilmeyip, belki adl-i merkūm aybı ikrâr etmekle ona reddolunduğunda bakılır: Ayb-ı mezkûr, mebî' yed-i müşteride durduğu müddetçe hudûsü mümkün değil ise, bunda dahi ânifen sebk eden ahkâm cereyân eder. Nitekim adl-i merkūm, mebî' müşteri yedinde durduğu müddetçe hudûsü mümkün olan gaybı inkâr etmekle, lede'l-istihlâf yemînden nükûl etmesiyle reddolunduğunda hüküm yine minval-i meşruh üzredir.

Lâkin adl-i merkūm, mebî' yed-i müşteride durduğu müddetçe hudûsü mutasavver bulunan aybı ikrâr etmesiyle mebî' bulunan rehin ona redd edilse mebî'-i mezkûr, adlin malı olarak kalır.

İkrâr-ı mezkûr ile vukū' bulan reddin, râhine ve mürtehine karşı hüküm ve tesiri olmaz. (87. maddeye bakınız.) Nitekim, adl-i merkūm bey'i ikāle etse yahut hükm-i hâkim olmak-

sızın hıyar-ı ayb ile mabî'i geri alsa -velev ki ayb-ı mezkûrün, mebî' yed-i müşteride iken hudûsü mutasavver olmasın- yine mebî' adle kalıp bunun râhin veya mürtehin hakkında tesiri olamaz. Çünkü 196. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre ikâle şahs-ı sâlis hakkında bey'-i cedîd itibâr olunur.

Fâide: Bey'-i rehne vekîl olan adl, rehni satıp semenini mürtehine i'ta ettikden sonra, rehnin bi'l-istihkāk zabtına dâirdir.

Bey'-i rehne vekîl olan adl, rehni bey' ve semeni mürtehine i'ta ettikden sonra mebî' müşteri yedinden bi'l-istihkāk zabt olunduğunda nazar olunur: Mebî', müşteri yedinde mevcud ise, müstahık, mebî'-i mezkûrü müşteriden ve müşteri dahi semen-i mebî'i kime vermiş ise ondan ahz eder. Yâni semeni adle vermiş ise Âdîlden alır. (1641. maddeye bakınız.) Ve adl-i merkūm dahi semeni dilerse uhde-i bey'a kendisini idhal eden râhinden alır. Bu halde mürtehin alacağını râhinden istîfâ eyler.[52] Müşteri semeni mürtehine vermiş ise mürtehinden alır. Yoksa bu sûretde Âdîlden alamaz. Zîrâ adl, bey'de râhin için âmildir. *(Zeylaî)*

Mebî', müşteri yedinde telef olmuş ise, müstahık vücûh-ı selâse-i âtiye ile muhayyerdir.

Vech-i evvel: Dilerse rehnin kıymetini râhine tazmîn ettirir. Zîrâ râhin, gayrin malını bilâ-izin ahz ve müşteriye teslîm ettiği cihetle gāsıb olur. Râhine tazmîn ettirdiği halde adlin bey'-i mezkûrü ve mürtehinin kabz-ı semeni sahîhdir. Zîrâ râhin zamân ile rehne mâlik olduğundan adle kendi mülkünün bey'iyle emr ettiği tebeyyün etti.

Vech-i sânî: Dilerse bey' ve teslîm ile müte'addî bulunan adle tazmîn ettirir ki, bu halde adl-i merkūm ister ise râhine rücû' eyler. Zîrâ adl, râhin tarafından vekîl ve râhin için âmil olduğundan uhde-i bey'den kendisine lâhık olan şeyle râhine hakk-ı mürâca'atı vardır. (658. madde şerhine bakınız.) Ve bu takdirde adlin bey'i ve mürtehinin kabz-ı semeni yine sahîhdir. Zîrâ râhin vakta ki zâmin ve karar-ı zamân onun üzerine vâki' oldu. Edâ-i bedel zamân ile merhûna mâlik olacağından kendi malının bey'iyle emr ettiği tebeyyün etmekle, mürtehinin alacağını ber-vech-i meşruh semen-i merhûndan istîfâsı sahîh olacağına mebnî, artık râhine deyniyle rücû' edemez. *(Zeyla'î)*[53] İster ise mürtehine rücû' yâni mürtehine verdiğini ondan ahz eder. Zîrâ istihkāk ile mürtehinin semeni bi gayr-i hak ahz ettiği tebeyyün eyledi. Çünkü adl, zamân ile mezkûr semene mâlik olmuştur. Lâkin bu sûretde rehnin kıymeti adlin mürtehinden aldığı semenden ziyâde olunca, adl bu ziyâdeyi kime tazmîn ettirir? ***Şürünbülâlî,*** "Lâyık olan mezkûr ziyâde ile adlin râhine rücû' etmiştir." demiştir. Bu takdirde bey' ve kabz-ı mezkûr bâtıl olup mürtehin alacağını râhinden istîfâ eyler.

---

52 ويعود دين المرتهن على حاله, خانيه.

53 بقى ان يقال ما ذكره الشارح وغيره كالزيلعى من ان العدل يرجع على الراهن بالقيمة تبعوا فيه صاحب الهداية قال الشلبى فى خاشية الزيلعى وقد قال بعض شارحها المراد بالقيمة الثمن وعزاه الى الكافى, ابو السعود.

Vech-i sâlis: Dilerse ahz ve tesellüm ile müteaddi bulunan müşteriye tazmîn ettirir ki, bu halde bey' bâtıl olarak müşteri semen-i mebî' ile adle rücû' eyler.

Amma müstahık, salifü'z-zikr üç sûretin birini ihtiyâr etmeyip de doğrudan doğruya mürtehine mürâca'at edemez. Meğer ki müstahık, bey'i mücîz olarak semeni ahz etmek istesin. O halde müstahık semen-i mebî'i mürtehinden alır.

Evvel-i mes'elede "adl semeni mürtehine i'ta..." denildi. Zîrâ adl, rehni bey' edip fakat semeni mürtehine i'ta etmeden mebî' bi'l-istihkâk zabt olunsa, adl mürtehine rücû' edemez.

Dürer, Mültekā ve Vikāye'de zikrolunmuştur ki, mes'ele-i istihkâkda bu tafsîl ancak tevkîl, akd-i rehinde meşrût olduğu sûretde olup, ber-vech-i muharrer olan tevkîle hakk-ı mürtehin ta'alluk ettiği cihetle bey', mürtehinin hakkı için olmakla, mürtehine dahi lüzum-ı zamân câiz oldu.

Amma râhin, adli ba'de akdi'r-rehn bey'-i rehne tevkîl eylediği sûretde, adl ancak râhine rücû' eder. Mürtehin gerek semeni kabz etmiş olsun gerek olmasın. *(Hâniyye)*[54]

761. MADDE

[**Rehni bey'a**] madde-i ânife vechile [**vekîl olan kimse**], vekâleti deynin vakt-i edâsı hulûl ettiğinde satmak üzre diye muzâfe ise [**deynin vakt-i edâsı hulûl ettikde rehni**] ve 715. maddede beyân kılınan ziyâdeyi [**bey' ile semeni mürtehine teslîm eder.**] Hatta tevkîl-i mezkûr ber-vech-i bâlâ bir vakte mezâf olduğunda, yâni râhin, meselâ filan zemânâdek edâ-yı deyn edemez ise, o zeman rehni bey' ve îfâ-yı deyn için bir şahsı tevkîl ettikden sonra, vekîl o zeman gelmeden vekâlet-i mezkûreye binâen rehni bey' eylese, bey'-i mezkûr nâfiz olmaz. (1456. maddeye bakınız.)[55]

Vekîl bu vecihle merhûnu sattığında, merhûn artık rehniyyetten çıkıp bey' olunan rehnin semeni yed-i vekîlde yahut zimmet-i müşteride kaldığında, semen-i mezkûr müsemmen makāmına kāim olur. Yâni müsemmen, rehin olduğu gibi bu semen dahi rehin olmak üzre kalır. *(Hâniyye)*

Bu cihetle semen-i mezkûr yed-i vekîlde, yahut müşterinin müflisen vefâtiyle zimmet-i müşteride telef olduğunda, mukâbili olan deyn 741. madde şerhi lâhikası vechile sâkıt olur. Ve sukūt-ı deynde mu'teber olan semen-i mebî', yâni semen-i merhûndur. Yoksa sa-

---

54 لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه, زيلعى.

55 وله ان البيع ما يحدث من الرهن من ولد او ثمر لانه تبع للاصل, خانيه.

tılan merhûnun meselâ vakt-i kabzdaki kıymet-i hakīkiyyesi değil. Vakıâ bu semeni mürtehin henüz kabzetmemiş ise de, zimmet-i müşteride mürtehinin hakkından dolayı sâbit olduğundan, gûya mürtehinin yedinde bulunmuş gibi itibâr olunmuştur.

Adl, sattığı rehnin semenini kabz ile mürtehine teslîm ettiğini iddiâ ettiği halde mürtehin inkâr etse, söz adlin olup mürtehinin alacağı bâtıl yâni ödenmiş olur.

Sual: Adlin bu sözü mürtehin aleyhine ikrâr ise, gayr aleyhine ikrâr câiz olmaz. Adlin bu sözü mürtehinin aleyhine şahadet ise ferdin şahadeti hükümsüzdür. Bu kelam, mürtehin aleyhine nasıl hüccet olur.

Cevab: "Adlin bu sözü merhûn yedinde bilâ-ta'add telef oldu." demekten ednâ yâni aşağı değildir. Bilâ-ta'add telef oldu demesiyle 1774. madde hükmünce sözü kabul olunarak 741. madde şerhi lâhikası vechile deyn sâkıt olur.

[**Ve eğer**] vekîl-i merkūm, bey'-i rehinden [**ibâ eder**] yahut vekîl-i merkūm vefât etmekle vekâlet bâtıl olur [**ise**], bu takdirde iki kavil üzre ihtilâf olunmuştur.

Kavl-i evvel: İmam Ebû Yusuf rahimehü'llahü Te'âlâ'dan rivâyet olunan kavildir ki, buna göre fıkra-i âtiyede râhin veya veresesi gāib olduğu sûretde olduğu gibi rehni satmak üzre vekîle -ber-hayat ise- cebr olunur.[56] Ve keyfiyyet-i cebr dahi hâkim, vekîli birkaç gün habsetmesiyle hasıl olur. Yâni bey'-i rehne vekîl olan kimse bey'den imtinâ' etse mürtehin hâkime mürâca'at eyler. Yâni mürtehin rehni o kimsenin bey'a vekâletini isbât ettiğinde, hâkim o kimseyi bey'-i rehne icbâr eyler. *(Bahr ve Velvâliciyye kubeyle kitâbi'ş-şehâdat)* Bunun üzerine vekîl, yine satmaktan imtinâ' ederse hâkim satar. *(Hâniyye)*

Kavl-i sânî: İmam Kerhi'nin kavlidir ki bu kavle göre vekîle cebrolunamaz. Belki [**rehni satmak üzre râhine cebrolunur.**] Zîrâ vekîl müteberri' olup halbuki müteberri' üzerine cebir câiz değildir. Hususiyle müvekkil üzerine cebir mümkün olur ise.

Mecelle, bu fıkrada râhine cebrolunacağını tasrîh ettiğinden, müşârun ileyh İmam Kerhi'nin kavlini ihtiyâr ettiği müstefâd oluyor.

Bu fıkra vechile râhine vukū' bulan cebre binâen, râhin rehni sattığında bu bey' fâsid olmaz. Yâni bey'-i mezkûr 1006. maddedeki bey'a kıyas edilemez. Zîrâ bundaki icbâr bi-hakkın olup, bu gibi bi-hakkın olan icbâra binâen vâki' olan bey', bey'-i mükreh olmadığı gibi bundaki icbâr, nefsü'l-emrde te'diye-i deyn üzerinedir. Binâ-berîn râhin rehni satmayıp da başka mal ve meblağından borcunu te'diye etse sahîh olup artık bey'-i rehne icbâra mahal kalmaz. *(Aynî)*

56 القاضى يجبر العدل على بيع الرهن لقضاء الدين, خانيه.

[**O**] -râhin- [**dahi**] bey'-i rehinden [**ibâ ve inad eder ise**] mezkûr rehni [**hâkim satar**] da semeni mürtehine i'ta eder. Bu vechile hâkimin bey'i, mürtehinden zararı def' içindir ki *Mecelle'*nin 30. maddesi hükmünce zarar izâle olunur.[57]

[**Ve eğer râhin yahut**] râhin vefât edip de [**veresesi gāib bulunur.**] Ve kendilerine ber-vech-i bâlâ icbâr mümkün olamaz [**ise rehni satmak üzre**] birkaç gün habs ile [**vekîle cebr olunur.**] Zîrâ mürtehinin hakkı bey'-i merhûna ta'alluk eylemiş ve mürtehin gāib olan râhin aleyhine dâvâya muktedir olmadığı gibi kendisi dahi bey'-i rehne mâlik ve salâhiyetdâr olamaz. *(Ebussuud ve Zeylaî)*

Bir kavle göre vekîle cebir mutlakdır. Vekâlet, gerek akd-i rehinde meşrût olsun ve gerek ba'de temam-ı akdi'r-rehn vekâlet akdedilsin. Vâkı'â, şemsü'l-eimme es-Serahsî "taslît ale'l-bey' yâni vekâlet, akd-i rehinde meşrût ise, vekîle cebr olunur ise de, ba'de tamami'l-akd vekâlet vukū' bulur ise vekîle cebr olunamaz" demişdir. Lâkin *Mecelle'*nin şu ıtlâkı, kavl-i evvel ihtiyâr olunduğuna delâlet eder ki, kavl-i mezkûrün esah olduğu beyân olunmuştur. *(Ebussuud ve Hâniyye)*

Ve vekîl, hasbe'l-vekâle merhûnu sattığında, uhde-i bey' ona râci' olur. (1461. maddeye bakınız.)[58]

Bu takdirde vekîl olan adl, merhûn bulunan mal bu mal olduğunu inkâr etse, yahut merhûn, bu mal olup olmadığını bilmediğini söylese, söz adem-i ilme yemîn ile adlindir. Adl, yemîn eder ise bey'a cebr edilemez. Bu halde hâkim satmak üzre hazır olduğunda râhine emreder; imtinâ' ederse hâkim satar. Amma adl yemînden nükûl ederse yine bey'a cebr edilir. *(Hâniyye)*

[**Ve**] vekîl-i merkūm bey'-i rehinden ibâ ve [**inad ederse hâkim kendi satar.**] ve hâkim sattığında uhde-i bey' râhine iâde olunur.

Ber-vech-i bâlâ râhin gāib olup da mürtehin adlin bey'-i rehne vekâleti bulunduğunu iddiâ ve adl inkâr etmekle mürtehin ikāme-i beyyine edecek olsa kabul olunur.[59] Ve borç meselâ altın iken bey'-i rehne vekîl olan adl, rehni gümüş para ile satsa, veya borç gümüş iken rehni altın para ile satsa sahîh olup, ba'dehü parayı deyn cinsiyle sarf ve tebdîl edebilir. Nitekim borç buğday iken rehni gümüş ile satsa sahîh olup vekîl-i mezkûr gümüş para ile buğdayı satın alıp dâyine verebilir.

57 El-yevm mer'î bulunan usul şudur: Mürtehin asıl deynin tahsili ve rehnin bey'i hakkında mahkemeden bir i'lam istihsâl eder. Bu i'lâm daire-i icraya tevdî' olunur. İfâ-yı deyn eylemesini ve illa merhûnun füruht edileceğini mübeyyin bir ihbarname rahine tebliğ olunur. Bundan sonra merhun müzayede edilerek, bir kimse üzerine takarrur ettikten sonra tekrar medyuna deyni ifa eylemediği halde merhunun müşteriye teslîm edileceğini mübeyyin bir ihtarname daha icra marifetiyle tebliğ olunur. Deyni vermez ise o halde müşteriye merhûn teslîm ve semen-i mebî' bi'l-ahz deyn-i mürtehin tesviye olunur. Bu ihbarhameler bey'-i rehne cebr makāmına ikāme edilmiştir.

58 ويرجع العدل على الراهن, خانيه.

59 ما يخالفه فى الانقروى.

"Deynin vakt-i edâsı hulûl ettiğinde" denilmesi şerhan îzâh olunduğu üzre vekâlet-i muzâfe veya mu'allaka olduğu sûretin beyânı içindir. Amma bey'-i rehne vekâlet, madde-i ânife vechile bir vakte muzâf olmayıp mutlak olunca, vekîl deynin vakt-i edâsı hulûlünden evvel dahi rehni bey' edebilir.

Bu sûretde bey'a vakt-i taslîtde ihtilâf olunduğunda söz râhinindir. Şöyle ki yâni meselâ adlin bey'-i rehne vekâleti ber-vech-i bâlâ bir ecelin hulûlüne muzâf olmakla, mürtehin, "Ecel ramazana kadar olup ramazan dahi girdi." ve râhin "Ecel şevvale kadar idi." diye ihtilâf ettiklerinde söz râhinindir. Zîrâ taslît, râhin tarafından müstefâd olacağından söz onundur. Amma deynin vakt-i edâsının hulûlünde ihtilâf olunduğunda söz mürtehinindir. Zîrâ te'cil-i deyn mürtehinden müstefâd olur.

LÂHİKA

Merhûna müte'allik ihtilâfâta dâir olup, dört mebhası ve bir hâtimeyi havîdir.

Mebhas-i Evvel

Râhin ve mürtehinin asıl rehinde veya tâyin veya redd-i rehinde veya merhûnün-bihin miktarında ihtilâflarına dâirdir.

1. Mes'ele: Söz ma'a'l-yemîn rehni inkar edenindir. ***(Eşbâh kubeyle'l-cinâyât)*** (86. maddeye bakınız.)

2. Mes'ele: Râhin, "Rehin bu değildir." ve mürtehin "Budur." diye ihtilâf ettiklerinde söz mürtehinindir. Zîrâ kâbız olan mürtehindir. ***(Eşbâh ve Redd-i muhtâr)***

Fakat râhin, iki bin kuruş kıymetli bir malını bin kuruş borcu mukābilinde rehin ve teslîm ettiğini iddiâ ve bunu ikāme-i beyyine ile isbât ettiği halde, mürtehin, "Merhûn mal budur." diye beş yüz kuruş kıymetli bir mal getirse; râhin, merhûn mal mezkûr mal idiğini tasdîk etmese mürtehinin bu kavli kabul olunamaz. Zîrâ merhûn iki bin kuruş kıymetli olduğu isbât olunduğu halde, ibrâz olunan malın, merhûn olan maldır diye iddiâsını zâhir-i hal tekzîb eyler. ***(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî aşara mine'r-rehn)***[60]

3. Mes'ele: Râhin, "Şu robayı rehin ve teslîm etmişidim." ve mürtehin "Şu esteri rehin ve teslîm etmişidin." diye ihtilâf ve ikāme-i beyyine ettiklerinde, eğer mezkûr roba ve ester mürtehinin yedinde mevcud ise mürtehinin beyyinesi tercih olunur. Amma mezkûr roba ve ester telef olmuş ve râhinin rehin ve teslîm ettiğini

---

60 ولو جاء المرتهن بفرس قيمته خمسمأة فقال الراهن ليس هذا الفرس المرهون وقال المرتهن هذا ذلك الفرس وانتقص سعره فالقول قول الراهن ويحلف فان حلف يجعل الفرس هالكا بالدين فى زعمه, خانيه بتغيير وفيها تفصيل المسئلة.

iddiâ eylediği elbisenin kıymeti esterin kıymetinden ziyâde bulunmuş ise râhinin beyyinesi müreccahtır.

Nitekim mürtehin "Roba ve esterin ikisini de rehin ve teslîm etmişidin." ve râhin "Yalnız robayı rehin ve teslîm etmişidim." diye ihtilâf ve ikāme-i beyyine ettiklerinde, mürtehinin beyyinesi tercih kılınır. (1762. maddeye bakınız.) Amma söz râhinindir. *(Hâniyye)*

4. Mes'ele: Mürtehin, rehni kabzettikten sonra râhine reddettiğini dâvâ ve râhin reddi inkâr ettiğinde, söz ma'a'l-yemîn râhinin olur. Zîrâ râhin ve mürtehin, merhûnun mürtehinin zamânına dühûlünde müttefik oldular. Bundan sonra mürtehin zamândan beraeti iddiâ ve râhin ise bunu inkâr ediyor. Binâenaleyh söz râhinin olur. Ve rehin emânettir diye 1774. maddeye tevfîk edilerek söz mürtehinindir denilemez. Zîrâ madde-i mezkûrenin hükmü emânet-i mahza hakkındadır. Rehin ise emânet-i mahza değil, belki deyn ile mazmûndur. Nitekim 741. madde şerhi lâhikasında tafsîl edilmiş idi.

Şu kadar var ki kıymet-i rehn, deynden zaid olduğu takdirde ziyâde-i mezkûrede söz mürtehinin olduğuna dâir rivâyet-i sarîha bulunamamış ise de bu ziyâdede söz ma'a'l-yemîn mürtehinin olması mukltezâ-yı kavâid-i fıkhiyyedendir. Çünkü ziyâde-i mezkûre emânet-i mahza olmakla, onda salifü'z-zikr 1774. maddenin hükmü cârî olması lâzım gelir.

Nitekim mürtehin rehni râhine reddetmekle yed-i râhinde telef olduğunu dâvâ ve râhin, merhûn yed-i mürtehinde iken telefini iddiâ ettiğinde söz maa'l-yemîn râhinindir. Ve bu mes'elede râhinin beyyinesi tercih edilir. *(Redd-i muhtâr ve Tenkīh ve Hâniyye)*

5. Mes'ele: Mes'ele-i ânifenin fıkra-i ahîresinde ikisi de ikāme-i beyyine eder ise râhinin beyyinesi tercih ve 741. madde şerhi lâhikası vechile deyn sâkıt olur. Zîrâ râhinin beyyinesi ziyâdeyi isbât ediyor. (1762. maddeye bakınız.) Amma yalnız mürtehin ikāme-i beyyine etse onun beyyinesi kabul olunur. (1769. maddeye bakınız.) *(Şürünbülalî, Redd-i muhtâr, Tenkīh ve Bezzâziyye)*

6. Mes'ele: Mürtehin, rehin kabz edilmeden râhin yedinde telef olduğunu dâvâ, ve râhin, mürtehin rehni kabz ettikden sonra mürtehin yedinde telefini iddiâ ve ol vechile ihtilâf ettiklerinde söz mürtehinindir. Zîrâ mürtehin merhûnun zâten zamânına dühulünü inkâr ediyor. (76. maddeye bakınız.) Ve ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde râhinin beyinesi tercih olunur. Zîrâ râhinin beyyinesi ziyâdeyi isbât ediyor. (1762. maddeye bakınız.) *(Hindiyye fi'l-babi't-tâsi', Bezzâziyye, Redd-i muhtâr, Hâniyye ve Ankaravî)*

Mebhas-i Sâni

Merhûnun bey'inde ve semeninde ihtilâfa dâirdir.

7. Mes'ele: Deyn bin kuruş iken vekîl rehni dokuz yüz kuruşa sattığını beyân ve mürtehin dahi bunu tasdik ettiğinde, keyfiyyet râhinden sual olunur. Râhin dokuz

yüzden ziyâdeye satıldığını iddiâ edince söz adl ile mürtehinindir. 76. maddeye bakınız, ve beyyine râhinindir. (1762. maddeye bakınız.)

Amma râhin, bey'-i mezkûrü inkâr ile, rehn-i mezkûr, vekîl bi'l-bey' olan adl yedinde telef olduğunu iddiâ ettiğinde rehnin kıymeti eğer deyne müsâvi ise söz râhinindir.

8. Mes'ele: Râhin bin kuruşa, ve vekîl dokuz yüz kuruşa ve mürtehin sekiz yüz kuruşa satıldığını iddiâ ettiklerinde, eğer meblağ-ı mezkûr sekiz yüz kuruşu mürtehin kabz etmiş ise söz mürtehinindir. Binâenaleyh râhinden iki yüz kuruşu ayrıca alır. Amma beyyine râhinindir.

9. Mes'ele: Vekîl bi'l-bey' olan adl, rehni dokuz yüz kuruşa satıp semenini mürtehine verdiğine ikāme-i beyyine ettiği halde râhin, merhûn satılmayıp yed-i Âdlde telef olduğuna ikāme-i beyyine edecek olsa râhinin beyyinesi kabul edilmez.

10. Mes'ele: Bir kimse, bin kuruş borcu mukābilinde bin kuruşluk malını diğer kimesneye rehin ve o kimesneyi rehn-i mezkûrün bey'ine tevkîl ettikden sonra, mürtehin "Beş yüz kuruşa sattım." ve râhin "Satmayıp yedinde telef oldu." diye ihtilâf ettiklerinde, mürtehin, sattığına ikāme-i beyyine ederse febiha. Ve illa râhin "mürtehinin onu sattığını bilmediğine" tahlîf olunur. Yoksa bu mes'elede merhûn, yed-i mürtehinde telef oldu diye yemîn verilmez. Yemîn ederse deyn sâkıt olur. ***(Hâniyye)*** (741. madde şerhindeki lâhikaya bakınız.)

11. Mes'ele: Adl, hayatında merhûnu satıp da bu vechile satıldığına tesâduk edildikden sonra râhin, on altına sattı deyip "hem deyn hem de rehnin kıymeti on altın olunca" adl dahi râhini tasdik etmiş iken mürtehin, "Hayır, beş altına sattı." dese, söz ma'a'l-yemîn mürtehinindir. Amma beyyine râhinindir. ***(Hâniyye)***

Mebhas-i Sâlis

Râhin ile mürtehinin merhûnun-bihin mikdârında vâki' olan ihtilâflarına dâirdir.

12. Mes'ele: Bir kimsenin diğer kimesneye bin kuruş borcu olup da, mukābilinde bir mal rehin verdikten sonra râhin "Onu yalnız beş yüz kuruş mukābilinde rehin etmiş idim." ve mürtehin "Tam bin kuruş mukābilinde rehin etmişdin." diye ihtilâf ettiklerinde söz ma'a'l-yemîn râhinindir. Zîrâ râhin merhûnun ziyâde-i deynine ta'allukunu münkirdir. (76. maddeye bakınız.) ***(Hâniyye)***

13. Mes'ele: Râhin "Bin kuruş mukābilinde rehin vermişidim." ve mürtehin "Beş yüz kuruş mukābilinde rehin vermişidin." diye ihtilâf ettiklerinde, rehnin mevcut kıymeti bin kuruş ise tehâlüf cari olur. İkisi de yemîn ederse rehin râhine reddolunur. Kable't-tahâlüf rehin telef olduğunda söz mürtehinindir. Zîrâ mürtehin ziyâde-i deynin sukūtunu inkâr ediyor. ***(Hâniyye)***

Nitekim merhûnun miktarında meselâ mürtehin "Bin kuruş alacağım mukābilinde şu iki malı rehin etmişidin." ve râhin "Yalnız şu birisini rehin etmişidim."

diye ihtilâf etseler tehâlüf cârî olur. Ve ikisi de ikāme-i beyyine ederse mürtehinin beyyinesi tercih olunur.

Mebhas-i Râbi'

İki şahsın bir rehinde nizâ'larına dâirdir.

14. Mes'ele: İki kimseden her biri bir mal için o mal kendisine hasran merhûn olduğunu iddiâ ve isbât ettiklerinde bunda iki vecih vardır.

Vech-i evvel : Bu dâvâ râhinin hayatında olmakdır ki bunda dahi üç sûret vardır.

Sûret-i ûlâ: O mal, yâni merhûn, o iki kimseden yalnız birisi yedinde bulunmaktır. Bu takdirde diğeri tarih beyân etse bile mâl-i mezkûr zî'l-yed için rehin olmak üzre hükmolunur. Zîrâ zî'l-yedin kabzı, sebk-ı akdine delil olup, akden esbak olan ise diğerinden evlâdır. Meğer ki o diğer, kendisinin akdi ve kabzı öbürünün rehni kabz etmeden evvel vukū' bulduğunu isbât etsin.

Sûret-i sâniye: Mâl-i mezkûr o iki kimse yedinde maan olmakdır. Yâni ikisi de o mala vâzı'u'l-yed bulunmakdır.

Sûret-i sâlise: O mal yalnız râhin yedinde bulunmaktır.

Bu iki sûretde ikisi de tarih beyân edip de birinin tarihi esbak ise onun için hükmolunur. Zîrâ tarihi esbak olan, diğerinin münâzaası bulunmadığı bir vakitde sübût-ı hak ve yedini isbât etti.

Nitekim yalnız birisi tarih beyân ederse onun için hükmolunur. Zîrâ bu takdirde tarih beyân eden hakkında akd-i rehnin sübûtu tarih-i mezkûrde, ve diğer hakkında akd-i rehnin sübûtu fi'l-haldir.

Amma hiçbirisi tarih beyân etmez, veya ikisi de bir tarih beyân eder ise, şahâdet-i vâkı'â bâtıl olmakla şahadet-i mezkûre reddolunur. Zîrâ bir malın bir anda iki şahsa merhûn olması muhâl olduğu gibi, beynlerinde münâsafeten merhûn kılınmasında dahi mesâğ yoktur. Çünkü şuyû' hasıl olur. Rehn-i müşâ' ise câiz değildir. Şu halde mezkûr rehin telef olsa emâneten telef olur. Zîrâ rehn-i bâtıl için hüküm yoktur. *(Ebussuud)*

Vech-i sânî: Bu dâvâ râhinin vefâtından sonra olmakdır ki bunda dahi üç sûret vardır.

Sûret-i ûlâ: İkisi de irtihân ve kabz için tarih beyân edip de birinin tarihi esbak olmaktır. Bu sûrette, tarihi esbak olan için hükmolunur.

Sûret-i sâniye: İkisi de bir yâni müsâvi tarih beyân etmektir.

Sûret-i sâlise: Hiçbirisi tarih beyân etmemektir.

Bu iki sûrette bakılır. Rehin, eğer ikisi yedinde bulunmaz ise -rehin, râhinin terekesinde bulunmak gibi- İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre beynlerinde nısfiyyet üzre hükmolunur. [61]

Amma yalnız birisi yedinde bulunur ise onun yedinde ibkā olunur.[62]

HÂTİME

Bir malda rehniyyet ile istîdâ' veya beyi' yahut hibe veya sadaka ve teslîm dâvâsına dâirdir.

15. Mes'ele: Rehniyyet beyyinesi, vedî'a beyyinesi üzerine tercih olunur. Şöyle ki bir kimse, "Bu kimesne yedinde olan şu malı benden vedî'a olmak üzre aldı." diye dâvâ ve o kimesne rehin olmak üzre aldığını iddiâ ettiğinde, mürtehinin yâni o kimesnenin beyyinesi tercih olunur. Zîrâ rehin, îdâ' üzerine varid olabileceğinden gûya evvela îdâ' ve sonra rehin edilmiş itibâr olunur. Bu sûretde iki tarafın şahidleri şahâdetlerinde sadık olurlar.

16. Mes'ele: Bey' beyyinesi, rehin beyyinesi üzerine tercih olunur. Binâenaleyh bir kimse, bu malı bu kimseye bey' ve o kimesne dahi kendisine rehin ve teslîm ettiğini iddiâ ve ikisi de ikāme-i beyyine ile isbât-ı müddeâ ettiklerinde, bey' beyyinesi tercih olunur. Ve gûya evvelâ rehin edilmiş iken muahharen bey' olunmuş itibâr olunarak rehniyyet ibtâl olunur. Bu takdirde dahi iki tarafın şahidleri şahadetlerinde sadık addolunurlar.

17. Mes'ele: Hibe ve kabz beyyinesi, rehin beyyinesi üzerine tercih olunur. Binâenaleyh râhin, rehni ve teslîmi da'va, ve mürtehin hibe ve kabzı iddiâ ettiklerinde, hibe ve kabz beyyinesi tercih olunur. Fakat şahs-ı sâlis yedinde bulunan malda, iki haricin biri rehni ve kabzı ve haric-i diğer bulunan bir adam sadaka ve kabzı iddiâ ettiklerinde, rehin ve teslîm beyyinesi tercih olunur. Meğer ki o adam, bi-hükmi'l-hibe vukū' bulan kabzı rehinden mukaddem vukû' bulduğunu isbât etsin.

18. Mes'ele: Bir kimse bir malda şirâ ve kabzı dâvâ ve diğer kimesne o malda rehin ve kabzı iddiâ ve ikisi de ikāme-i beyyine ile isbât-ı müddeâ ettiklerinde o mal râhin yedinde ise müşterinin beyyinesi tercih kılınır. Meğer ki rehnin daha mukaddem tarihte vukû' bulduğu bilinsin. Ve eğer mâl-i mezkûr mürtehin yedinde ise rehin beyyinesi tercih kılınır. Meğer ki, şirâ tarihi daha akdem olduğu isbât olunsun.

İrade-i Seniyye tarihi: 25 Safer sene 1288.

61 لان مقصود كل منهما بعد موت الرهن هو الاستيفاء من الرهن بان يباع لدينه وهو قابل للشركة ونظيره ما اذا برهنا على نكاح امرأة لاتقبل فاذا برهنا بعد موتها قبلت لان مقصود هما المال فيقضى لكل نصف ميراث زوج, شرح مجمع.

62 لان قبضه دليل على سبقه, شرح مجمع, در مختار ورد محتار.

Şerh-i Kitabü'l-Emânât

KİTAB-I SÂDİS

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد الامين
وهو خير المرسلين وعلى آله واصحابه اجمعين وعلى جميع الائمة
والمجتهدين وعلينا معهم يا ارحم الراحمين وما توفيق الا بالله مالك
يوم الدين إياك نعبد وإياك نستعين.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-EMÂNÂT

KİTAB-I SÂDİS

Emânât hakkında olup bir mukaddime ile üç bâbı müştemildir.

Emânetin aksâm-ı selâsesi vardır. Şöyle ki insanın muâmelesi ya Rabbi, veya ibâd, veya nefsi ile olur. Bunların cümlesinde emânete riâyet lâzımdır. İnsanın Rabbı ile olan emânete riâyeti; cemî' me'mûratı işlemek ve bi'l-cümle menhiyyâtı terk etmekle olur. İnsanın min indillah mükellef olduğu her şey, insan-ı mükellef indinde vâcibü't-te'diye emânetdir ki bu kısım emânet, sâhili olmayan bir deniz gibidir.

İnsanın ibâd ile olan emâneti dahi, insanın kendi evladı ve zevcesi ve memâliki ve eshâbı ve bi'l-cümle hem-cinsi ve cîrânı gibi âmme-i mahlûkâtın hukūkunu muhâfaza eylemek ve hiçbir şeyde onlara hıyânet ve tecavüz eylememek ile olur. Bu kitâbda mevzû-bahs olan emanât dahi bu kabîldendir. Yâni insanın ibâd ile olan emâneti cümlesindendir.

İnsanın kendi nefsi ile olan emânete riâyeti dahi, insan kendisi için din ve dünyaca eslah ve enfa'ı ihtiyâr ve dünyada ve ukbâda nefsine muzırr olan şeyden nefsini hıfz ve vikāye etmekten ibâretdir. *(Şeyhzâde alâ tefsîri'l-Kādî)*

ŞERH-İ KİTABÜ'L-EMÂNÂT

MUKADDİME

[**Emânâta müte'allik**] bâzı [**ıstılâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.**] Emânât, emânetin cem'i olup, emânet dahi âtî'z-zikr maddede ta'rîf olunuyor.

Emânet, fi'l-asl emîn olmak ma'nâsına masdar ise de, burada mef'ûlü masdar ile tesmiye kabîlinden olarak isim olduğu cihetle cem'lenmiştir. *(Şeyh-zade)*

Emânetin cemî' sîğasiyle zikrolunması burada mevzû-bahs olan emânetin ta'addüd-i envâ'ına mebnîdir ki o da lukata, vedî'a ve âriyettir.

İlm-i celîl-i fıkha dâir olan ekser-i kütübde her biri "Kitâb" ünvanı tahtında mezkûr olan lukata ve vedî'a ve âriyet hakkındaki mesâilin bazıları işbu *Mecelle*'de bir kitâbda cem' edilmiştir ki, üçünün de emânet olmak cihetinde müttehid olmalariyle beraber kalîlü'l-mesâil bulunmaları mülâbesesiyle bir kitâbda cem' ve "Kitâbü'l-emânât" diye ünvanlanmak münâsib olur. Vâkı'â me'cur dahi 600. maddede zikrolunduğu vechile yed-i müste'cirde emânetdir. Nitekim mâl-i şirket dahi müşariklerin ellerinde emânet olduğu 1350. maddede mezkûrdür. Lâkin icâre ve şirket mesâili kesîr olmakla, bunlar kitâb-ı müstakil olarak îrad olunması münâsib görülmüştür.

İbni Nüceym, ***Eşbah*** 'ında "Kitâbü'l-emânât" ünvanı tahtında lukata ve vedî'a ve âriyeti; ve mütevellî yedinde bulunan mâl-i vakf ve eb ve hâkim veya vasî yedinde bulunan mâl-i yetim gibi diğer bir takım emânâtı ve bunların bâzı ahkâmını beyân eylemiş olup fakat *Mecelle'*de bunlardan, yâni mâl-i vakf ve ......ilâ âhirihi gibi emânâttan bahs edilmeyecektir.

Binâenaleyh "Kitâbü'l-emânât" ünvanı tahtında lukata ve vedî'a ve âriyeti zikretmek usulünü ilk defa vaz' ve te'sîs eden *Mecelle* olmamıştır.

Hıfz-ı emânetdar nice mûcib-i saâdet olacağı gibi, emânete hıyânet dahi müstelzim-i şakāvet olur. Sallallahü te'âlâ aleyhi vesellem, emânet gınâyı cer eder. Ve hıyânet fakrı cer eder buyurmuştur. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr)***

762. MADDE

[**Emânet**] lugaten masdar olup emîn olmak ma'nâsınadır.

Istılah-ı fukahâda [**emîn ittihaz olunan kimse nezdinde bulunan şeydir.**] Yâni maldır.

Sual: İttihaz, lugat-ı Arab'da masdar olup edinmek ma'nâsınadır. Binâenaleyh bir gûne akd ve kasd olmaksızın bir kimsenin yedine geçen emânetde "Komşunun malı rüzgârın atmasiyle diğer komşunun hânesine düşmek sûretinde olduğu gibi" ittihaz yoktur. Zîrâ bu kimse ol emânetin sahibi ve mâliki tarafından ol malda emîn ittihaz olunmuş değildir. Bu halde şu maddede kasîm yâni mübâyin, kısım yâni cüz'ü addolunuyor.

Cevab: İttihazdan maksûd hasran ol şeyin mâlikinin ittihaz etmesi olmayıp gerek ol şeyin mâliki ittihaz etsin; bey'-i bâtıl üzerine izn-i bayi' ile kabzolunan mebî' ve me'cur ve vedî'a ve müste'âr ve mâl-i mudârebe ve mâl-i şirkette olduğu gibi. Bu ahvâlde ol kimsenin nefsü'l-emirde emîn ve mu'temed olması şart değildir. Ve gerek şerî'at ittihaz eylesin; lukatada ve rüzgâr ile komşusunun hânesine düşen malda olduğu gibi. Şüphe yoktur ki bir gûne akd ve kasd olmaksızın bir kimsenin yedine gayrin malı geçtiğinde, ol kimseyi Şer'-i Şerîf ol malda emîn ittihaz yâni bi'l-muhâfaza ahîren sahibine redd ve iâde etmesi ile emr eylemiştir.

Ol şey [**gerek vedî'a gibi akd-i istihfâz ile emânet edilsin**] ve vedî'adan başka akd-i istihfâz ile emânet edilen mal yoktur. Binâenaleyh "gibi" lafzı burada zâid ve mukhamdır. [**Ve gerek**] bey'-i bâtıl ile satılıp bi izni'l-bayi' kabzedilen mebî' ve [**me'cur ve müste'âr**] ve merhûn ve mâl-i mudârebe ve mâl-i şirket ve vekîlin, cihet-i vekâletten dolayı me'huzu olan mal [**gibi**] diğer [**bir akd-i**] sahîh ve gayr-i sahîh [**zımnında emânet olsun.**] ki me'cur, akd-i icâre ve merhûn, akd-i rehin ve mâl-i mudârebe ve diğerleri dahi akd-i şirket ve akd-i vekâlet zımnında emânet olmuştur.

Bu tafsîlâttan anlaşıldı ki akd-i îdâ' yalnız istihfâz için iken, diğer emânetler mücerred istihfâz için yâni bunlarda istihfâz maksûd-ı aslî olmayıp onlarda maksûd-ı aslî başka şeydir. Şöyle ki meselâ me'cur emânet ise de onda maksûd-ı aslî hıfz olmayıp belki temlik-i menfa'attir. Ve bunda hıfz 607. madde şerhinde dahi zikrolunduğu üzre inde'l-i-mami'l-A'zam tebe'î ve zımnîdir. Çünkü müste'cir ayn-ı me'cur ile intifâ' edebilmesi için me'curu muhâfaza eylemesi lâzımdır. [**Ve gerek**] baba ve hâkim yedlerinde bulunan mâl-i yetim ve mültekıt bulup mâlikine reddetmek üzre ahz ettiği lukata gibi [**bir gûne akd**] olmaksızın bir kimsenin yedine emânet geçsin [**ve**] gerek bir gûne [**kasd olmaksızın bir kimsenin yedine emânet geçsin.**]

Vasî yedinde bulunan mâl-i yetim, ve mütevelli yedinde olan mâl-i vakf ve bir aynın intîfâ'iyle mûsâ-leh olan kimsenin yedinde mevcud bulunan ayn dahi emânet olup yoksa vedî'a değildir. *(Bahr)*

[**Nitekim rüzgâr ile bir kimsenin hânesine komşusunun bir malı düşse, akd**] ve kasd [**olmadığı cihetle ol mal hâne sahibi nezdinde vedî'a**] olmadığı gibi mal sahibi dahi ma'lum olduğundan lukata dahi [**olmayıp fakat**] yâni yalnız [**emânettir.**] Şu "nitekim..." fıkrası *Mecelle*'nin "ve kasd olmaksızın..." fıkrasına misâldir.

İzâhât-ı sâlifeden anlaşılıyor ki, emânet e'amm-ı mutlak ve vedî'a ve diğer emânetler ehass-ı mutlak olup "Vedî'a emânettir ve müste'âr emânettir ve me'cûr emânettir." kelamlarındaki haml, her insan hayvandır sözündeki haml gibi hamlü'l-âmm ale'l-hâs kabîlindendir ki haml-i mezkûr sahîh olur. Amma aksi yâni hamlü'l-hâss ale'l-âmm câiz yâni meselâ "Her hayvan insandır." sözü sahîh olmaz.

Madde-i ictimâ' ve madde-i iftirâk: Emânet ile vedî'a olmak hususu, akd-i istihfâz zımnında verilen malda yâni vedî'ada ictimâ' ederler. Yâni akd-i istihfâz için verilen mal hem emânet hem de vedî'adır. Amma rüzgâr ile bir kimsenin hânesine komşusunun malı düşse bu mal, hâne sahibi yedinde emânet olup lâkin vedî'a değildir. Binâenaleyh, emânet vedî'adan bunda iftirâk eder. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Emânet ile vedî'a arasında iki türlü fark vardır.

Birincisi, bâlâda zikrolunduğu üzre beynlerinde umum ve husus-ı mutlak vardır.

İkincisi, vedî'a ile emânetin bâzı sûretlerde hükmen dahi muhtelif bulunmasıdır. Şöyle ki; vedî'ada müstevda' ve kezâ bey'a ve îcar ve istîcâra vekîl ve mudârib ve müstebzı' ve ınânen veya müfavazâten şerîk ve müste'îr li'r-rehn ba'de'l-muhâlefe vifâka avdet etmesiyle zamândan berî olduğu halde sâir emânetlerde ba'de'l-muhâlefe vifâka avdet etmesiyle emîn olan kimse berî olmaz. Yâni sâir emânetlerde emîn, emânete ta'addi ettikden sonra, bir daha ta'addî etmemek niyetiyle ta'addiyi izâle eylese bile hükm-i zamân zâil ve bir kerre ta'addî ile yed-i emânet yed-i zamâna tahavvül ettikden sonra mücerred ta'addîyi izâle etmesiyle yed-i gasb yâni yed-i zamân, yed-i emânete münkalib olmayıp belki sâlimen reddedinceye kadar yed-i zamânında kalır. Nitekim 787. madde şerhinde bu mes'ele îzâh olunur. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Mecma'u'l-enhur ve Redd-i muhtâr)*

Bu kitâbda emânet-i mezkûrenin umûmundan sûret-i mahsûsada bahs olunmayıp belki lukata ve vedî'a ve âriyet gibi bâzı emânâttan bahs olunduğu mütâla'asından anlaşılır. Fakat bâtılen mebî'in emânet olmasından 370. maddede ve me'curun emânet olmasından 600. maddede ve merhûnun emânet olmasından 741. madde şerhindeki lâhikada ve mâl-i şirketin emânet olmasından 1350. maddede ve mâl-i mudârebenin emânet olmasından 1413. maddede ve vekîlin cihet-i vekâletten dolayı makbuzu olan malın emânet olmasından 1461. maddede bahs olunmuştur.

763. MADDE

[**Vedî‘a**] lugaten “rede‘a” vezninde bulunan “vede‘a” dan müştakk olup, “vedî‘a” dahi mutlakan terke denilir. “Faîl” vezni hem “rahîm” gibi ismi fâil, ve hem de “katîl” gibi ismi mef‘ûl ma‘nâsına isti‘mal olunur ise de, burada ismi mef‘ûl ma‘nâsına müsta‘mel olduğu, ta‘rîf-i şer‘î-i âtîsinden müstefâd olur.

İmdi “faîl” vezni, ismi mef‘ûl ma‘nâsına isti‘mal olunduğunda, mevsûfu takaddüm edince tezkîr ve te’nîsi müsâvî ve binâenaleyh, “racülün katîlün” ve “imre’etün katîlün” denilmesi sahîh olmakla, burada vedî‘a lafzının âhirindeki “ta” alâmet-i te’nîs olmayıp, belki ma‘nâyı vasfiyyetten ismiyyete nakl olunduğuna alâmettir.

“ved‘”masdarının ve fi‘ili mâzîsinin isti‘mali lugat-i Arab’da vâki‘ olup, hatta hadîs-i âlîde “لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات” varid olduğu gibi âyet-i celîlede bir kıraetde “ما ودعك ربك” (Duhâ 93/3) varid olup bu kıraete göre “vede‘ake” tahfîf iledir. *(Zeyla‘î)*[1]

Lâkin şâyi‘ olan masdarının ve mazîsinin tef‘îl babından yâni “tevdî‘” ve “vedde‘a”yahut ifâl babından yâni “îdâ‘” ve “evde‘a” olarak isti‘mal edilmesi olmakla *Mecelle* dahi madde-i âtiyede if‘al bâbından isti‘mal ediyor.

Vedî‘a ıstılâh-ı fukahâda [**hıfz**] kasdı [**için bir kimseye îdâ‘ olunan maldır.**] *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Dürer)*

Bâzı kütüb-i fıkhiyyede vedî‘anın ta‘rîfine “yalnız” kaydı ilâvesiyle yalnız hıfz için ......ilâ âhirihi diye ta‘rîf edilerek, bu kayıtla âriyet ta‘riften hariç bırakılmak istenilmiştir. Çünkü âriyet, hem hıfz hem de intifâ‘ için verilir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Fakat madde-i ânife şerhinde zikrolunduğu üzre âriyet gibi sâir emânâtda, hıfz maksûd ise de, bu maksûd-ı aslî olmayıp bunlarda maksûd-ı aslî başka şey olarak hıfz, zımnîdir. Binâenaleyh ta‘rîfteki “hıfz için” ta‘biriyle sâir emânât hariç kalacağından *Mecelle* ta‘rîfteki “yalnız” ta‘birinin zikir ve ilâvesine lüzum görmedi.

Sual: Vedî‘anın şu ta‘rîfi fukahânın ta‘rîfine muvâfık olmamakla beraber ta‘rîf-i mezkûrde tekrar vardır. Zîrâ fukahâ vedî‘ayı “Hıfz için terk olunan emânettir.” diye ta‘rîf etmişlerdir. İşte fukahânın ta‘rîfine muvâfık olmadığı anlaşıldı. Ve *Mecelle* ta‘rîfde îdâ‘ lafzını zikredip îdâ‘ın madde-i âtiyede zikrolunan ma‘nâsına göre bu ta‘rîf “Hıfz için bir kimseye muhâfazası ihâle olunan maldır.” cümlesini hâsıl eder. Bu sûretde ta‘rîfte tekrar hâsıl olur.

---

1 Her ne kadar İmam Zencânî “İzzi” nam kitabında يدع ماضى واماتوا yâni يدع muzâri‘inin fi‘il-i mâzîsinin isti‘mâli terk olunmuş demiş ise de ولا يقال ودعه وانما يقال تركه ولا وادع وانما يقال تارك, سعد الدين على عزى. واجيب بان المراد انهم اماتوا غالبا فلا ينافى انهم نطقوا به نادرا فيكون ههنا من قبيل النادر. (باجورى)

Cevâb: Bu ta'rîfde vâki' îdâ' lafzı, lugaten yâni emânet komak ma'nâsında müsta'mel olmakla bu ta'rîf fukahânın ta'rîfinin aynı olur. Yâni ta'rîf-i mezkûr şöyle olmuş olur: Vedî'a "Hıfz için bir kimseye emânet konulan maldır." Nitekim *Kāmus*'ta dahi îdâ' bir nesneyi emânet komak ma'nâsında olduğu zikrolunmuştur. Bu sûretde îdâ' lafzı tecdîde mahmûl yâni ba'z ma'nâsında müsta'meldir. Diğer bir ta'bîrle îdâ' lafzı mücerred diğere ihâle ma'nâsındadır diye cevab verip ta'rîfte, gayr-i münâsib olan mecâzı irtikâb etmeğe lüzum yoktur.

764. MADDE

[**Îdâ'**] ve istîdâ' [**kendi malının muhâfazasını diğere**] sarâhaten veya delâleten [**ihâle etmektir ki, ihâle eden kimseye**] yâni mal sahibine [**"dal"in kesriyle**] ve if'âl babından [**mûdi'**] ve kezâ "dal"in kesriyle ve istif'âl babından olarak müstevda' [**ve**] ihâleyi [**kabul eden kimseye vedî'**] bu lafız fa'îl vezninde ve ismi mef'ûl ma'nâsındadır. [**ve "dal"in fethiyle müstevda'**] ve yine "dal"in fethiyle mûda' dahi [**denilir.**] *(Tenvîr ve Mecma'u'l-enhur ve Şiblî)*

Hulasa, ihâle eden kimseye mûdi' ve müstevda' ve ihâleyi kabul eden kimesneye vedî' ve müstevda' ve mûda' ıtlak olunur ise de def'-i iltibâs için *Mecelle* birer ismi zikr ile iktîfâ ve mevâdd-i âtiyede dahi şu mukaddimede ta'rîf edildiği elfâzı isti'mal eyledi.

Sarâhaten ihâle: "Bu malımı sana îdâ' ettim ve emânet verdim." gibi sözler ile olur.

Delâleten ihâle: Meselâ yolda bulunan yırtık bir tulum kendiliğinden açılıp ondan yağ akmakta iken, birisi onu mâlikinin gaybetinde ahz etse, hıfzı delâleten iltizam etmiş olup hatta ondan sonra yine hâliyle terk etmekle aksa da zâyi' olsa, ondan sonra akanı zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Amma asla ahz etmese yahut ahz ettiği sırada mal sahibi hazır idiyse, âhızin ahzı halinde bir zarar terettüb etmeyip de ba'dehü aksa da zâyi' olsa, zamân lâzım gelmez. *(Bahr)*

Sual: Tulum mes'elesinde ihâle-i muhâfaza yoktur. Zîrâ ihâle mâlikin fi'ilidir. Evet bu mes'elede iltizâm-ı muhâfaza vardır. Lâkin iltizâm emînin fi'ilidir.

Cevab: Maksûd, şer'in ihâlesidir. Şöyle ki tulumu ahz etmesi ile şer'an hıfzı iltizâm eylemiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu kitâbda gelecek olan mevâdda vedî' lafzı isti'mal edilmeyip müstevda' kelimesi kullanıldığından vedî' lafzının burada zikir ve beyânı şu kitâbda lâzım olacağına mebnî değil ise de, 1637. maddede vedî' lugatı isti'mal kılınmıştır.

1. Sual: Bu ta'rîf efradını câmi' değildir. Zîrâ ta'rîf-i mezkûrde "kendi malının" tâbiri bulunduğundan müstevda'ın vedî'ayı âhara îdâ' etmesine yâni 791. maddede mezkûr bu-

lunan îdâ'a mütenâvil olmaz. Binâenaleyh, evlâ olan şöyle denilmektir. "îdâ', bir malın muhâfazasını âhara ihâle etmektir."

Cevab: Müstevda' vedî'ayı 791. madde vechile mûdi'in izniyle âhara îdâ' ettiğinde *Mecelle*'nin 1460. ve 1462. maddeler hükmünce bunda hakīkaten îdâ' eden müstevda' olmayıp belki mal sahibidir, ve müstevda' arada resûldür.

2. Sual: *Mecelle*'nin 1379. maddesinde zikrolunduğu üzre şerîklerden her biri mal şirketi îdâ' edebilip halbuki îdâ' ettiği malın bir kısmı kendi malı değildir.

3. Sual: *Mecelle*'nin 780. maddesinde beyân olunduğu üzre müstevda' vedî'ayı emînine hıfz ettirebilip bu hıfz dahi îdâ' olduğu gibi *Mecelle*'nin 783. maddesinde zikrolunduğu vecihle kābil-i kısmet olmayan vedî'ayı müteaddid müstevda'lerden biri diğerin izniyle hıfz edebilip bu izin ise vedî'ayı îdâ'dır. Binâenaleyh şu ta'rîf efrâdını câmi' olmaz.

Bu ikinci ve üçüncü suale cevab: Bu mesâilde müstevda'ın îdâ'ı, mûdi'in delâleten izniyle olmakla, birinci cevabda beyân olunduğu üzre mûdi' hakīkaten mal sahibidir.

Bu üç sualin cümlesine diğer bir cevab: Ta'rîf bi'l-müsâvî câiz olduğu gibi bâzı ulemaya göre ta'rîf bi'l-eamm da ve ta'rîf bi'l-ehass da câizdir. Binâenaleyh şu ta'rîf bu ulemânın kavillerine mebnîdir. Yâni ta'rîf bi'l-ehassdır.

765. MADDE

[**Âriyet**] bu lafızda "ya"nın hem tahfîfi ve hem de teşdîdi câizdir. Teşdîdi daha fasihdir. Bunda üçüncü lugat dahi vardır, o da "nâka" vezninde olarak "âre"dir. Lugaten sür'atle gidip gelmektir.[2] Istılah-ı fukahâda [**meccânen yâni bilâ-bedel menfa'ati temlîk olunan maldır ki**] ol mala âriyet denildiği gibi "mim"lerin zammıyla [**mu'âr ve müste'âr dahi denilir.**]

Âriyet lafzı ayb ma'nâsına olan âr'e mensub ma'nâsına değildir. Nöbetleşmek ma'nâsına olan âr'e mensubdur.

Ta'rîf-i âriyetde ihtilâf-ı fukahâ: İmam Şâfi'î ile İmam Kerhî âriyeti "Mülk-i gayr ile intîfâın ibâhasıdır." diye ta'rîf ve âriyetin ibâha olması üzerine şu delilleri zikreylemişlerdir.

Evvelen: Âriyet ibâha lafzıyla mün'akid olur.

Sâniyen: Âriyette beyân-ı müddet şart olmayıp halbuki bi-dûni zikri'l-müddet temlik câiz değildir. Îcârede olduğu gibi. (452. maddeye bak.)

---

2 مأخوذة من عار اذا ذهب اى من مصدره ان اريد الاشتقاق عند البصريين والا فهو على ظاهره, باجورى.

Sâlisen: Âriyette nehy ve men' amel ve tesir edip halbuki icâre gibi temlikde nehy amel ve tesir etmez. Binâenaleyh mu'îr, müste'ârı isti'malden müste'îri nehy etse, müste'îr, artık isti'mal edemeyip amma mûcir me'curu müddet-i icârede isti'malden müste'ciri nehyetse hükmü olmayıp, müddet-i icârede müste'cir, yine onu isti'mal ve ma'kūdun-aleyhe olan menfa'ati, veya müsâvîsini, veya mâ-dûnünü istîfâ edebilir.

Râbi'an: Müste'ârın âhara icâresi câiz olmayıp, halbuki i'âre temlik olsa idi mâlik bulunan kimse, memlûkünü âhara temlik ve icâre edebilmesi lâzım gelirdi. *(Zeylaî)* Nitekim müste'cir akd-i icâre ile mâlik olduğu menfa'ati âhara îcar ve temlik edebileceği gibi. (428. maddeye ve şerhine bakınız.)

Diğer ulemâ ise, i'âre temlikden ibâret olduğuna kāil olmuşlardır ki *Mecelle* dahi bu kavli ihtiyâr ettiği şu ta'rîfden müstefâd olur. Bunların delilleri şunlardır.

Evvelen; âriyet ber-vech-i mezkûr ibâhadan ibâret olsa idi mübâhun-leh gayra ibâha edemeyeceği, yâni meselâ bir kimesneye taam, ibâha olunduğunda o kimesne bizzat ekl ve tenâvül edebilir ise de, onu gayra ibâha ve it'am edemeyeceği cihetle, müste'îr müste'ârı âhara i'âre edememek lâzım gelirken, 819. maddede zikrolunduğu üzre mu'ârın âhara i'âresi câizdir. *(Zeylaî)*

Sâniyen, i'âre temlîk olup ibâha olmadığına i'ârenin lafz-ı temlik ile in'ıkād etmesi hususu şahâdet eder. *(Bahr)*

İmdi sahîh olan i'ârenin temlik olmasına dâir bulunan kavl olup, âmme-i eshab-ı Hânefiyye buna kāil oldukları cihetle *Mecelle* dahi bunu ihtiyâr eylemiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İbaha olduğuna kāil olanların delillerine şöyle cevab verilebilir.

Birinciye cevab: Ukūdda it'ibâr mekāsıda olup, yoksa elfaz ve mebâniye değildir. (3. maddeye bak.)

İkinciye cevab: Âriyet, akd-i lâzım olmayıp muîr dilediği zeman rücû' edebileceğinden cehalet-i müddet, bâ'is-i nizâ' olmaz. Her cehâlet ki bâ'is-i nizâ' olmaya; mezkûr cehâlet fesad akdi îcâb etmez. Teslîm ve tesellüme muhtaç olmayan mechûlün bey'i gibi. (200. madde şerhine bak.) Amma icâre gibi muâvezât lâzım olmakla ondaki cehâlet bâ'is-i nizâ' olacağından, bunda tâyin-i müddet lâzımdır. *(Zeyla'î)* Binâenaleyh *Mecelle* icârede menfa'ati "malûme" kaydıyla takyîd ettiği halde burada bu kaydı terk etti.

Üçüncüye cavâb: Âriyet ukūd-ı lâzımeden olmayıp 806. madde hükmünce mu'îrin dilediği zeman rücû'a hakkı olduğuna mebnî nehy, amel ve te'sir eder. Yâni bu nehy, i'âreden rücû' olur.

Dördüncüye cevab: Müste'ârın âhara icâresinin adem-i cevâzı 823. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre "lüzum mâ lâ yelzimü" yahut "adem-i lüzum mâ yelzimü" gibi gayr-i câiz bulunan bir şeyi îcâb edeceğine mebnî olup, yoksa temlik olmadığına mebnî değildir. Hatta i'âre temlik olduğu cihetle müste'ârın âhara i'âresi câizdir. (819. maddeye bak.)

Taksîmü't-temlîkât: Temlik olunan şey ya mal, veya menfa'at olur. Alâ kilâ't-takdîreyn ya bedel mukābilinde veya meccânen temlîk olur. Bir malı bedel mukābilinde temlîk bey', ve meccânen temlîk hibe olacağı gibi bir malın menfa'ati bedel mukābilinde temlîk icâre, ve bilâ-bedel temlîk dahi i'âre olunur.

Ve temlîkü'l-ayn, bi-hasebi't-tahakkuk temlik-i menfa'atten ehass-ı mutlaktır. Zîrâ her ne vakit temlîkü'l-ayn bulunur ise, temlîkü'l-menfa'at dahi bulunur. Görülmez mi ki bir kimse bir malı iştirâ veya ittihab ile ona mâlik olduğunda, ol malın menfa'atine dahi mâlik olur. Amma her ne vakit temlik-i menfa'at bulunur ise her halde temlik-i ayn bulunması lâzım gelmez. İâre ve icâre ve vasıyyet bi'l-menfa'ada olduğu gibi. Şimdi ta'rîfte vâki' kuyûdu îzâh edelim.

Kayd-ı evvel meccânendir: Buradaki "meccânen" kaydı, temlike merbût olup bi-hasebi'l-ma'nâ mevki'i "menfa'ati" kaydından sonradır. İmdi ta'rîfteki "meccânen" kaydiyle, me'cûr hâric kaldığı gibi "menfa'ati" kaydiyle dahi karz ve mebî' ve mevhûb, ve ayniyle mûsâ-bih gibi aynları temlik olunan şeyler hâric kalır. Lâkin "meccânen" kaydiyle karz ve mebî' hâric kalacağından "menfa'ati" kaydiyle ihrâca lüzum yoktur denilemez. Zîrâ ta'rîf şöyledir. Âriyet, menfa'ati meccânen yâni bilâ-bedel temlik olunan maldır.

Âriyetin bilâ-bedel olmasına bâzı mesâil teferru' eder.

1. Mes'ele; âriyetde bilâ-bedel olmak kaydı mu'teber olmakla, bir kimse ebniye yapıp da onda sâkin ve ondan çıktığında ebniye-i mezkûre arsa sahibine ait olmak üzre diğer kimesneden bir arsa isti'âre etse, bu akid, âriyet olmayıp icâre-i fâside olur. Zîrâ müddet ve ücret mechûledir. Binâenaleyh bina müste'îrin mülkü olarak, arsa sahibi yâni mu'îr, arsasının ecr-i mislini alır. ***(Hindiyye fi'l-babi's-sânî mine'l-âriyet)*** (450 ve 462. maddelere bak.) ***(Bahr)***

2. Mes'ele: Müste'ârın vergisi müste'îr üzerine şart edilse, bu akid, âriyet olmaktan çıkıp icâre-i fâside olur. Zîrâ müste'ârın vergisi muîr üzerine olup 815. maddeye makîs değildir.

Verginin müste'cir üzerine şart edilmesiyle beraber icârenin fâsid olmamasında hile şudur. Verginin miktarı bedel-i icâreye zamm olunarak, bedel-i icâre ona göre tesmiye olunduktan sonra mûcir, bedel-i mezkûrün miktar-ı muayyeninden verginin i'tâsını müste'cire emr eder. Müste'cir dahi bedel-i mezkûrden bu vergiyi edâda mûcir tarafından vekîl olur. (1459. maddeye bak.) ***(Bezzâziyye)***

Kayd-ı sânî menfa'attir. Burada menfa'at tâbiri mutlak olarak zikrolunduğundan tekmîl bir malın menfa'atine şamil olacağı gibi, bir malın cüz-i şâyi'inin menfa'atine dahi şamil ve binâenaleyh kābil-i kısmet olan ve kabil-i kısmet olmayan müşâ'ın i'âresi sahîh olacağı müstebân olur. Gerek şerîke i'âre edilsin ve gerek ecnebîye. Nitekim bir şeyi iki kişiye i'âre etmek dahi sahîhdir. Gerek münâsafeten kullanılmak üzre i'âre olunsun ve gerek sülüs ve sülüsân olarak isti'mal olunmak üzre i'âre olunsun, ve gerek keyfiyyet-i isti'mal tafsîl olunmayıp icmâl edilsin. *(Redd-i muhtâr fî evveli'l-âriyet)*

Sual: Müşâ'ın icâresi câiz olmadığı 429. maddede beyân olunmuş idi. Halbuki i'âresi câiz oluyor. Îcare ile i'âre arasında bu mes'elede fark nedir?

Cevab: İâre muâvaza olmadığından müsâmaha üzerine mebnîdir. Amma icâre muâvaza olmakla bunda müsâmaha yoktur.

Menfa'at-i müste'âr: Mâl-i müste'ârın menfa'ati mevâdd-ı âtiyede beyân olunacağı vechile müste'ârı kullanmak ve kitâb-ı rehinde beyân kılındığı üzre mâl-i müste'ârı âhara rehin etmek gibi şeyler olacağı misillü, müste'ârı diğere îcâr ederek, bedel-i icâre ile müste'îr intifâ' eylemek gibi şeyler dahi olabilir. *(Hindiyye fî evâhir-i kitâbi'l-âriye)*

Meselâ muîr, malını diğer kimesneye verip de âhara îcâr ederek bedel-i îcar ile intifâ' eylemesine izin verse câiz ve bedel-i mezkûr, müste'îrin mülkü olur.

Ta'rîf-i âriyet üzerine sual ve cevablar:

Suâl-i evvel: Şu ta'rîfte menfa'ati vasıyyet olunan mal dahil olur. Şöyle ki bir kimse "Ben fevt olur isem şu hânemde Zeyd bir sene müddetle otursun." dediğinde, bu muâmele, vasıyyet bi'l-menfa'at olup, ta'rîf-i âriyet buna dahi sâdık olmakla ta'rîf-i mezkûr ağyârını mâni' olmaz.

Cevab: Temlikten maksûd, fi'l-hal temlik olmakla ta'rîfin meâli "Âriyet, bilâ-bedel menfa'ati fi'l-hal temlik olunan maldır." demek olup vasıyyet-i mezkûrede ise fi'l-hal temlik yoktur. Temlik-i mezkûr, mâ ba'de'l-mevte muzâftır.

Sual-i sânî: Menfa'atin hibesi şu ta'rîfte dahil oluyor. Şöyle ki bir kimsenin, diğer kimesnenin arsasında rakabe-i tarîkden mücerred olarak hakk-ı mürûru olup da ol kimse, bu hakk-ı mürûrunu arsa sahibine hibe etse sahîh ve bu hibe iskāt iken âriyetin şu ta'rîfinde dahil olmakla, ta'rîf, ağyârını mâni' olmaz.

Cevab: Temlikten maksûd, bi-tarîkı'l-cevâz yâni mâmelekin dilediği vakit hakk-ı rücû'ı olmak üzre temlik olup, yoksa, bi-tarîkı'l-lüzûm temlik değildir. Hatta 806. maddede beyân olunduğu üzre muîrin istediği vakit bu temlikten hakk-ı rücû'u vardır. Temlikten, ber-vech-i bâlâ temlik kasd olunduğunda, hakk-ı mürûru ebeden hibe gibi menfa'atin hi-

besi ta'rîfte dahil olmaz. Binâenaleyh bu hibeyi, ta'rîf-i âriyetten ihrâc için buradaki temlîk tâbirine "lâ ale't-te'yîd" ibâresini ilâve etmek îcâb etmez. *(Abdülhalîm fi'l-âriye)*

766. MADDE

[**İ'âre, âriyet vermektir ki**] âriyet [**veren kimseye mu'îr denilir.**] Bu ta'rîf delâlet eder ki, i'âre masdar ve muîr ile kāimdir.

Sual: Âriyetin, madde-i ânifedeki ta'rîfi nazar-ı mütâla'aya alınarak şu ta'rîf yâni âriyetin ma'nâsı onun yerine vaz' olunduğunda şöyle olur. İâre, meccânen yâni bilâ-bedel menfa'ati temlik olunan mal vermektir. Halbuki kütüb-i fıkhiyyede i'âre "Meccânen yâni bilâ-bedel bir malın menfa'atini temlik etmektir." diye ta'rîf edilmekte olduğundan *Mecelle'*nin ta'rîf-i mezkûrü, fukahânın ta'rîflerine muvâfık ve nefsü'l-emirdeki mâhiyyet-i i'âreye mutâbık değildir.

Meselâ muîr, "Şu atımı sana i'âre ettim." diye bir atı muîre i'tâ ve teslîm eylediğinde, i'âre, fukahâya göre atın menfa'atini temlikten ve *Mecelle'*ye göre atı müste'îre vermekten ibârettir.

Hulasa; İâre *Mecelle'*nin ta'rîfine göre mâl-i mahsûsu vermekten ve fukahânın ta'rîflerine nazaran menfa'ati temlikten ibâret olup, *Mecelle'*nin ta'rîfi gibi i'âreyi ta'rîf eden kitâbı görmedim.

767. MADDE

[**İsti'âre, âriyet almaktır ki**] âriyet [**alan kimseye müste'îr denilir.**]

Bu ta'rîften anlaşılır ki, isti'âre masdar ve müste'îr ile kāimdir.

Ta'rîfteki âriyet lafzı 765. maddede beyân olunan ma'nâya göre tafsîl olunduğunda isti'âre, *Mecelle'*ye göre meccânen, yâni bilâ-bedel menfa'ati temlik olunan malı almaktır. Amma fukahâya göre meccânen, yâni bilâ-bedel bir malın menfa'atini istimlâk etmektir.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-EMÂNÂT

BAB-I EVVEL

Emânâta dâir bâzı ahkâm-ı umumiyye beyânındadır.

Âtî'z-zikr 786. maddedeki hüküm, bu kitâbda mevzû-bahs olan umum emânâta, yâni lukata ve vedî'a ve âriyete şâmil olduğu gibi diğer birtakım emânâta dahi âmm olmakla mezkûr madde hakīkaten emânâtın ahkâm-ı umumiyyesindendir. (762. madde şerhine bak.) Amma bu bab-ı evveldeki mevâdd-ı sâire ahkâm-ı umumiyyeden olması zâhir olmayıp 769 ve 771. maddeler gasb ve bir nev' emânetten mürekkeb olup 770. madde dahi lukataya mahsûsdur.

768. MADDE

Emânette iki kā'ide vardır.

Kā'ide-i ûlâ: [**Emânet**] emîn üzerine [**mazmûn değildir.**] Şu fıkradan, emânet ta'addî veya taksîr ile telef olsa bile mazmûn olmayacağı anlaşılacağı cihetle bu ıtlak, maksûd olmadığını beyân için *Mecelle* , ber-vech-i âtî tefsir ediyor.

[**Yâni emînin sun'**] ve ta'addîsi [**ve**] hıfzında [**taksîri olmaksızın**] emânet, emîn yedinde [**telef veya zâyi'**] veya kıymetine noksan târî [**olduğu takdirde**] emîne [**zamân lâzım gelmez.**] Gerek mümkinü't-târharruz olan sebebden dolayı telef olsun -sirket gibi- ve gerek mümkinü't-tâharruz olmayan sebebden dolayı telef olsun -harîk-i gālib gibi.- Ve emânet-i mezkûre ile beraber emînin malı gerek telef olsun ve gerek olmasın ve emîn üzerine zamân gerek şart edilsin gerek edilmesin. (83. madde şerhine bak.)

İşte bundan dolayı emânet, gayr-i mazmûn olan mala isim olup, meselâ 777. maddede vedî'a yed-i müstevda'da emânettir deniliyor ki, mazmûn değildir demektir. *(Redd-i muhtâr)*

"Telef" fethateyn ile tebâh ve helâk ma'nâsına olduğu gibi, "zâyi'" dahi lafz-ı Türkî olup meselâ emânet telef olmamış ise de nerede olduğu

nâ-malum ve bina-berîn sahibine reddi gayr-i mümkün olmakla olur. Yoksa zâyi‘ lafzı zıyâ‘dan me'huz lafz-ı Arabîdir, denilemez. Çünkü bu halde "zâyi‘" dahi telef ve helâk ma‘nâsına olacağından bu takdirde "zâyi‘" lafzının telef lafzına atfı, atf-ı tefsir olmak lâzım geleceği cihetle "ev" ma‘nâsına olan "veya" ile atf olunmak câiz olamaz. Bu kā‘ide üzerine ilm-i fıkhın ebvâb-ı müteferrikasından mesâil teferru‘ eder ki bazılarını ber-vech-i âtî beyân ederiz.

1- Büyû‘ : Tesmiye-i semen olunmayarak sevm-i şirâ tarîkıyla kabz olunan mal, yed-i müşteride emânettir. (297. maddeye bak.)

2- Sevm-i nazar tarîkıyla kabzedilen mal, yed-i müşteride emânettir. (299. maddeye bak.)

3- Hıyar-ı ta‘yîn ile müşterinin makbuzu bulunan iki maldan birisi, yahut üç maldan yenisi yed-i müşteride emânettir. (318. madde şerhine bak.)

4- Bey‘-i bâtıl ile bey‘ edilip de bi-izni'l-bâyi‘ kabzolunan mal, yed-i müşteride emânettir. (370. maddeye bak.)

5- Bey‘u'l-vefâ tarîkıyla kabzedilip de kıymeti deynden ziyâde olan malın deynden fazla miktarı yed-i müşteride emânettir. (401. maddeye bak.)

6- Îcare: Me'cûr, yed-i müste'cirde emânettir. (600. maddeye bak.)

7- Müste'cerün-fîh, yed-i ecîrde emânettir. (610. maddeye bak.)

8- Rehin: Rehnin kıymetinden deynden ziyâde olan miktarı yed-i mürtehinde emânettir. (741. madde şerhindeki lâhikaya bak.)

9- Emânât: Yed-i mültekıtda lukata emânettir. (769. maddeye bak.)

10- Vedî‘a yed-i müstevda‘da emânettir. (770. maddeye bak.)

11- Müstevda‘ın emînine verdiği vedî‘a, yed-i emîn-i merkūmda emânettir. (780. maddeye bak.)

12- Müstevda‘, emîni yediyle vedî‘ayı mûdia irsal ettiğinde, bu vedî‘a emîn-i merkūm yedinde emânettir. (795. maddeye bak.)

13- Müstevda‘ fevt olup da terekesinde aynen mevcud olan vedî‘a vasîsi veya veresesi yedlerinde emânettir. (801. maddeye bak.)

14- ‘Âriyet, yed-i müste‘îrde emânettir. (813. maddeye bak.)

15- Gasb: Mağsûbun zevâidi yed-i gāsıbda emânettir. 903. madde şerhinde bu mes'ele îzah olunur.

16- İkrah: Şirâya mükreh olan kimse- gayrin malını bi'l-ikrah iştirâ ve bi'l-ikrah kabz ederken, ba'de zevâli'l-ikrah mal sahibine iâde etmek niyetiyle kabz etse, bu mal müşterî-i mükreh yedinde emânettir. Bu mes'ele 1006. madde şerhinde tafsîl olunur.

17- Şirket: Şirket-i emvalde müşâriklerden birinin hissesi diğerinin yedinde emânettir. (1087. maddeye bak.)

18- Şerîklerden her birinin yedinde mâl-i şirket emânettir. (1350. maddeye bak.)

19- Mudâribin yedindeki sermaye emânettir. (1413. maddeye bak.)

20- Vekâlet: Vekîlin ve resûlün cihet-i vekâlet ve cihet-i risâletden dolayı makbuzu olan mal, bunların yedlerinde emânettir. (1463. maddeye bak.)

21- Vasıyyet: Bir malın menfa'ati bir kimseye vasıyyet olunup da ba'de mevti'l-mûsâ, ol mal, ber-mûceb-i vasıyyet intifâ' etmek üzre ol kimseye teslîm olunsa, mezkûr mal onun yedinde emânettir. *(Bahr)*

İstisna: Bu kā'ideden 777. maddenin misâlinde "Yahut elinden bir şey düşüp de saat kırılsa zamân lâzım gelir." fıkrası müstesnadır. *(Eşbâh)*

Kā'ide-i sâniye: Emânet emînin sun' ve fi'ilinden, yahut emr-i muhâfazada vukū' bulan taksîrinden, yahut mal sahibinin şer'an mu'teber olup muhâlefeti câiz olmayan emrine muhâlefetten naşi telef veya zâyi' olduğunda, emîn zâmin olur.

Bu kā'ide üzerine dahi fıkhın ebvâb-ı müteferriasından mesâil teferru' eder. Bazılarını zikredelim.

1- Büyû': Bey' bi'l-vefâda müşteri mebî'a ta'addî edip telef olduğunda zâmin olur. (401. maddeye bak.)

2- Îcare: Müste'cir, ta'addî veya mûcirinin mu'teber olan emrine muhâlefet ettiğinde zâmin olur.(545., 546., 547., 548., 550., 551., 552., 556., 557., 559., 602., 603., 604., 605. ve 606. maddelere bak.)

3- Ecîr, müste'cirinin emrine muhâlefet veya ta'addî ile müste'cerun-fîh telef olduğunda ecîr, onu zâmin olur. (571., 807., 608., 609. ve 611. maddelere bak.)

Meselâ bir kimse hamama girip de siyâbîye -boğçacı- elbisesini bırakıp içeriye girdikten sonra diğer bir şahıs ol kimsenin elbisesini giymekde olduğunu siyâbî görmüş ise de ol elbise, giyenin bulunduğu zannında bulunup halbuki başkasının yâni ol kimsenin olduğu zâhir olsa, siyâbî onu zâmin olur. Nitekim hamâmî uyumakla elbise sirkat olunduğunda eğer kā'iden uyumuş ise zāmin olmaz. Amma muzdaci'an uyusa zâmin olur. *(Mecma'u'l-enhur)*

4- Kefalet: Biri nezdinde bir kimsenin emânet malı olduğu halde ol maldan edâ etmek üzre ol kimsenin borcuna kefîl olduktan sonra, ol malı sahibine reddetse zâmin olur. (650. maddeye bak.)

5- Rehin: Mürtehin, merhûna ta'addî edip telef olsa kıymetini zâmin olur.(741. madde şerhindeki lâhika ile 759. maddeye bak.)

6- Adl, muhâlefet etse zâmin olur. (754. maddeye bak.)

7- Emânât: Müstevda' bi'l-ecr emr-i muhâfazada taksîr etse zâmin olur. (777. maddeye bak.)

8- Müstevda' vedî'aya ta'addî etse de vedî'a telef veya kıymetine noksan târî olsa zâmin olur. (779., 782., 783., 784., 794., 799., 801. ve 802. maddelere bak.)

9- Müste'îr âriyete ta'addî etse de, âriyet telef veya kıymetine noksan târî olsa, zamin olur. (814., 815., 816., 817., 818., 820., 821., 823., 825., 826., 827., 828. ve 829. maddelere bak.)

10- Şirket: Şerîk-i mülk ta'addî etse de mâl-i müşterek telef veya kıymetine noksan ârız olsa, diğer şerîke ait hisseyi zâmin olur. (1087. maddeye bak.)

11- Şerîk-i akd, ta'addî etse zâmin olur. (1379., 1380., 1382. ve 1383. maddelere bak.)

12- Mudârib ta'addî etse zâmin olur. (1415., 1416., 1421., 1422. ve 1430. maddelere bak.)

13- Vekâlet: Vekîl muhâlefet etse de bundan dolayı müvekkiline zarar terettüb eylese, zararı zâmin olur. (1494., 1498., 1501. ve 1515. maddelere bak.)

769. MADDE

Bir kimse, kendisinin olmayan malı kendisi için alsa hükmen gāsıb olur. *(Hindiyye ve Redd-i muhtâr)* Gerek an-ilmin alsın ve gerek an-cehlin alsın.

An-ilmin almasına misâl: Bu cihetle [**bir kimse yolda yahut diğer mahalde**] sahibinden zâyi' olmuş menkūlât ve hayvânât gibi [**bir şey**] yâni bir mal [**bulup da**] ahz ettiğinde bunda üç ihtimal vardır.

1- [**Kendisine mal olmak üzre ahz etse gāsıb hükmünde olur.**] Sahibi gerek ma'lum olsun, gerek olmasın. (96. maddeye bak.) Gāsıb hükmünde olması, kendisine mal olmak üzre almak memnû' ve ber-vech-i âtî mûcib-i zamân olduğundan dolayıdır. *(Redd-i muhtâr)*

Burada "Gāsıb olur." demeyip de "Gāsıb hükmünde olur." denilmesinin sebebi şudur: *Kitâbü'l-gasb*'da, gasbın ta'rîfinde îzâh olunacağı üzre gasb, yed-i muhıkkanın izâlesi ve yed-i mubtılenin isbâtı ile hâsıl olup, mezkûr şey zâyi' olduğu yâni mal sahibinin yedi,

üzerinde bulunmadığı cihetle âhız tarafından yed-i muhıkka izâle, yâni mal sahibinin yedinden nez‘ edilmiş olmaz.

[**Bunun**] yâni mezkûr malı kendisine mal olmak üzre ahz etmesi [**üzerine ol mal**] ol kimse yedinde [**telef veya zâyi‘ olduğu halde**] telef veya zıyâında [**kendisinin sun‘ ve taksîri**] olduğunda 1912. madde hükmünce zâmin olacağı gibi sun‘ ve taksîri [**olmasa bile**] yine [**zâmin olur.**] (891. maddeye bak.) Bu takdirde ol kimse mezkûr malı bulduğu mahalle iâde etse zamândan berî olmayıp belki sahibine redd ve iâde etmedikçe zamânında kalır. (892. maddeye bak.) *(Redd-i muhtâr)*

An-cehlin almasına misâl-i evvel: Bir kimse, diğerin sürüsünden kendi sürüsüne firar eden bir koyunu kendi sürüsündendir zannıyla ahz etse de yedinde iken telef olsa zâmin olur. Bu mes'ele 881. madde şerhinde îzâh olunur.

An-cehlin almasına misâl-i sânî: Müstevda‘ yedinde vedî‘a bulunan elbisenin içine kendisinin bir robasını koyup da muahharen sahibinin talebi üzerine vedî‘ayı verirken müstevda‘ robasını unutup, mezkûr roba dahi gidiverse de sahibi vedî‘a ona muttali‘ olduktan sonra nezdinde telef olsa zâmin olur. Ve mûdi‘in cehli özür değildir. *(Redd-i muhtâr)* (2. madde şerhine bak.)[1]

[**Amma**] ol şeyi [**sahibine vermek üzre aldığı sûretde**] **2-** [**eğer sahibi ma‘lûm ise yedinde sırf**] yâni lukata olmak sıfatından ârî [**emânettir.**] Yolda giderken sarhoş veya diğer bir kimesneden düşüp, diğer bir adamın, kendisinden düşen kimesneyi dahi görerek aldığı mal gibi. Nitekim bir kimse iştirâ ettiği hânenin duvarında medfun para bulduğunda bakılır. Bâyi‘i kendisinin mülkü olduğunu iddiâ ederse onun olup, müşterinin ona vermesi lâzım gelir. Amma bayi kendisinin olmadığını söyler ise ol halde lukata olur. *(Redd-i muhtâr)*

Fıkra-i ûlâ şerhinde zikrolunduğu üzre ol şeyden maksûd, zâyi‘ olan şeydir.

İmdi zâyi‘ tâbiriyle iki mes'eleden ihtirâz olunuyor.

Mes'ele-i ûlâ: Sahibinin kasden attığı ve bıraktığı şeyler lukata sayılmayacağı gibi, mal sahibi malum olsa bile ona redd etmek dahi lâzım gelmez. Şöyle ki fî zemânına bağ ve bostan bozduklarında, ashabı döküntü üzümleri ve karpuz ve sâireyi ve mezrû‘ât tarlalarında ba‘de'l-hasâd bakıyye başakları terk etmekte ve bunları öteki-beriki almaktadır. İmdi mezkûr bakıyyeleri mâlikleri kim ister ise almak üzre bırakmışlar ise almakta beis

1 فيه بحث وهو انه ان كان وضع المسئلة ان المستودع دفع الثوب الوديعة الى ربها ناسيا فيه ثوبه فقد دفع المستودع ماله الى غيره فكان هذا من قبل 177 مادة حيث دفع صاحب المال ماله الى غيره والغير اخذه باذن صاحبه فكيف يلزم عليه الضمان ولو بعد العلم به الا ان يقال ان المقصود يلزم عليه الضمان لو اخذه بعد العلم به واطلاعه عليه لنفسه واخفاه عن صاحبه فكان هذا من قبيل 109 مادة او يقال ان المودع اخذ ثوب الوديعة بلا امر من المستودع وكان فيه ثوب المستودع وذهب به فح يلزم عليه الضمان حيث اخذ مال الغير بلا امر من صاحبه. (شارح)

yoktur ki bunların ashabı malum olduğu halde mübah hükmündedir. *(Hindiyye)* Nitekim kendisine fesad-ı tesâru' edip atılması mu'tâd olan ve kıymeti olmayan şeyler lukata sayılmaz. Binâenaleyh, nehr-i cârîde bulunan ve armut gibi esmârdan ma'dûd olan, lukata olmayıp, ashabı onları kasden attıkları ve eshabı bunları taleb etmeyeceği malum bulunduğu cihetle, bunları temellük için ahz etmek câizdir. *(Abdülhalîm ani'l-Hulâsa)* Amma nehr-i cârîde bulunan ağaç ve kereste gibi kendisine fesad tesâru' etmeyen ve atılması mutad olmayıp zî kıymet bulunan eşya lukatadır; eğer eshâbı malûm değil ise.

Mes'ele-i sâniye: Zâyi' olmayıp da sahibi yedinde bulunan şeyler lukata değildir. Şöyle ki bir kimsenin cebinde veya hânesinde bulunan bir malı yine ona vermek üzre diğer kimesne hafiyyen veya cehren ve kahren bilâ-izni'l-mâlik alsa, sârik veya gāsıb olur.

Binâenaleyh bu malı mevcud olunca aynen [**sahibine**] ve sahibi fevt olmuş ise, cümle veresesine ve veresesi yok ise Beytülmal'a redd ve [**teslîm etmesi lâzım gelir.**] (794. maddeye bak.) Amma telef olmuş ise bilâ-ta'add velâ taksîr telef olunca zamân lâzım gelmeyip fakat ta'addî veya taksîr ile telef olur ise zâmin olur. (Madde-i ânife ile şerhine bak.)

İşte böyle sahibi belli olan mal, bâzı fukahâya göre lukata değildir. Binâenaleyh hîn-i ahzda işhâda ve âtî'z-zikr 770. madde vechile sahibinin tâharrîsi zımnında i'lana hâcet yoktur. Diğer bâzı kavle göre bu da lukata ise de i'lana hâcet yoktur. *Mecelle* fıkra-i ânifede "sırf" tâbiriyle kavl-i ûlâyı ihtiyâr eylemiştir.

3- [**Ve eğer sahibi malûm değil ise**] yedinde -"lam"ın zammı ve "kaf"ın fethiyle ve bâzı re'ye göre "kaf"ın sükûniyle [**lukatadır ki mültekıt yâni bulup alan kimse yedinde emânettir.**]

Lukatayı iki şahıs bulduğunda ikisi de ta'rîf ederek lukata hükmünde müşterek olurlar. Bu halde sadr-ı maddedeki "bir" lafzı, iki veya ziyâde kimselerden ihtirâz için değildir. Belki "bir" lafzı, tenkir ve ta'mîm için oluyor ki, ol kimse her kim olur ise olsun demektir.

Şu fıkrada lukata, hem ta'rîf hem de hükmü beyân olunuyor.

Lukata mesâili, kütüb-i fıkhiyyede "Kitâbü'l-lukata" ünvanı tahtında olarak tafsîlât-ı mühimme mevcud iken *Mecelle*'de buna dâir pek az mesâil zikredildiği cihetle bu mebhasi tevsî' etmek ve lukatanın mühim mesâili hakkında bâzı tafsîlât vermek lâzım geldi. Mesâil-i mezkûre âtî'z-zikr ahkâmdan ibârettir.

Evvelen; lukatanın ta'rîfi.

Sâniyen; lukatanın erkânı.

Sâlisen; lukatanın şerâitı.

Râbi'an; lukatanın alınmasının helal olması.

Hâmisen: lukatada lâzım gelen işhâd ve i'lân, ve i'lan ile işhâdın yekdiğerden muğnî olması.

Sâdisen; lukatanın mahall-i işhâdı.

Sabian; lukatanın ba'de'l-ahz bulunduğu mahalle iâde olunması.

Sâminen; lukatanın i'lânının zemanı ve müddeti ve miktarı.

Tâsian; lukatayı kendi malı olduğu beyâniyle taleb edene sûret-i teslîmi ve bundan sonra başka sahibi zuhur ettiğinde ahkâmı.

Âşiren; lukatanın sahibi zuhur etmediği takdirde yapılacak muâmele.

Hâdî aşara; lukatanın nafakasının sûret-i tesviyesi ve tedâriki.

1- Lukatanın ta'rîfi: Lukata, zâyi' olarak bulunup da mâliki malum ve mübah olmayan maldır. Gerek mâlikinden gerek müste'cir, müste'îr, gāsıbdan zâyi' olsun. Sebeb-i zıyâ', gerek bilmeyerek düşmek, gerek nevm, kaçmak, yükü ağır olmakla terk etmek bulunsun. *(Bâcûrî)*

Şu tafsîlâttan anlaşılır ki, bulunan malın sahibi gerek malum, gerek gayr-i malum olsun, o mal emânet olup fakat beynlerindeki fark şudur: Mal sahibi malum olursa o mal lukata değildir. Malum değilse lukatadır.

İzâhu'l-kuyûd:

Zâyi': Bu tâbir ile menazilde ve muhafızı nezdinde bulunan mallar hariç kalır. Bunları ahz eden ya gāsıb, veya sârik olur. Gasbın ta'rîfi ile ahkâmı sekizinci kitâbda gelir.

Binâenaleyh menâzilde, kurâ civarında, meralarda, çadırlarda ikāmet eyleyen aşâir ve göçebeler etrafında ve bir yere konan kāfile civarında bulunan hayvanlar lukata değildir. Bunlar lukata olmak üzre alınamaz. Bunları ahz eden gāsıb, veya sârik olur.

Yine zâyi' ta'biriyle sahibinin kasden aldığı mal hariç kalır. Böyle bir malı atmak ibâha olur.

Meselâ bir kimse, bir malı atıp da kim bulursa onun olsun dediğinde, bu sözü o kimseden hangi şahıs bizzat işitmiş ise, şahs-ı merkūmun o malı ahz ve temellük etmeğe salâhiyyeti olduğu gibi, bizzat istimâ' etmeyip de bi'l-vâsıta bu haber hangi şahsın sem'ine vâsıl olur ise, onun dahi mezkûr malı ahz ve temellük etmeğe salâhiyyeti vardır. Kezâ velîmelerde saçılan paraların ahz ve istimlâki câiz olduğu gibi, gelip geçenler içmek üzre kapı önüne vaz' olunan sudan dahi içmek câizdir.

Kezâ bir kimsenin mülkü bulunmayan meselâ mefâzede bir şahıs meyve ağacı gars ederek esmârını nâsa ibâha etse, o ağacın yemişlerinden herkes tenâvül edebilir.

Mâliki malum olmayan: Bu tâbir ile mâliki malum olan emânet hariç kalır. Bu emânet, sahibine reddolunur. İlâna lüzum yoktur. *Mecelle*'nin bu maddesinden münfehem olduğu üzre, bu mal lukata değildir. *(Abdülhalîm)*

Mübah olmayan: Bu ibâre ile esnâ-yı muharebede harbîden iğtinâm kılınan mal hariç kalır. Buna ganîmet ıtlak olunur. Bu mal, lukata değildir.

Maldır: Bu lafız ile lakīt hariç kalır. Yâni bulunan, mal olmayıp da çocuk olacak olunca buna lukata denilmez. Lakīt, ıtlak edilir. Lakīta dâir mesâil, kütüb-i fıkhiyyede mevcuttur. *Mecelle*'de buna dâir mesâil bulunmadığından tafsîl ahkâmından sarf-ı nazar olunmuştur.

2- Lukatanın erkânı: Lukatanın erkânı üç şeydir. 1-Lâkıt, yâni lukatayı alan. 2-Melkūt, yâni lukata. 3- Lakt, yâni lukatayı almaktır. *(Bâcûrî)*

3- Lukatanın şerâiti: Mültekıtın âkıl olması şarttır. Yâni mültekıt âkıl olur ise, iltikātı sahîh olur.

Binâenaleyh âkıl bulunan mültekıtın elinden bir şahıs, lukatayı cebren ahz etse yahut lukatayı zâyi' etse de diğer bir adam onu bulsa, mültekıtın ondan dâvâ ve istirdad etmeğe salâhiyyeti vardır. Zîrâ mültekıtın yedi esbak olduğu gibi, mültekıt ba'de'l-i'lân kendisi fakir olunca hakk-ı temellükü dahi vardır. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim sabî-i mümeyyizin dahi lukata alması câiz olur. Bu sûrette sabî-i mümeyyiz me'zun ise, madde-i âtiyede beyân edilen ilânı velîsi veya vasîsi yapar.

Hatta sabî-i merkūm lukatayı ahz ettiği mahalde, işhâda muktedir iken terk-i işhâd eylese zamân lâzım gelir.

Amma mültekıt, âkil değil ise lukata alması sahîh değildir.

Binâenaleyh mecnûnun, sekrânın, ma'tûhun, medhûşun "mütehayyir, sersem" iltikātı sahîh değildir. Hatta bir mecnûn bir malı lukata olarak alıp da diğer bir adam onun elinden ahz ve nizâ' ettikten sonra, o mecnûn kesb-i ifâkat etse, şahs-ı merkūmdan lukatayı dâvâ ve ahz edemez. *(Redd-i muhtâr)*

4- Lukatanın alınmasının helal olması: Zâyi' olan malı sahibine vermek üzre ahzın helal olup olmaması hususunda ihtilâf olunmuştur. Bâzı ulemâya göre bu ahz ve iltikātta mal gayr üzerine bilâ-izin vaz'-ı yed olmakla 96. madde hükmünce bunun ahz ve iltikātı helal olmaz. Diğer bâzı ulemâ ise iltikātın câiz olduğunu beyân eylemişlerdir. *Mecelle* dahi bu ikinci kavli kabul etmiştir. İltikātın cevâzına delil şu hadîs-i âlîdir: ***"Men esâbe lukataten fe'l-yüşhid zâ-adlin"*** Lâkin lukatayı bulunduğu yerden almamak dahi câizdir ki bâzı ulemâya göre efdal olan budur. Zîrâ sahibi onu zâyi' ettiği mekânda arar bulur. Malına dest-res olur. *(Fethu'l-Kadîr)*

Lukatayı almak veya almamak mı evlâdır? Bu cihet dahi muhtâc-ı îzahtır. *Mecelle*'den müstefâd olduğu üzre zâyi' olan malı sahibine redd ve iâde etmek için almak câizdir. Bu mal, gerek bargir, tuyûr gibi hayvan; gerek altın, gümüş gibi eşyâ-i sâire ve emtia olsun. Mültekıt, nefsine emîn ise sahibine reddetmek üzre almak mendub ve efdaldir. Zîrâ lukatanın orada zıyâ'ı mütevehhem olmakla, emvâl-i nâsı sıyânet ve muhâfaza için ahz ve i'lân etmelidir. Nitekim lukatayı iltikāt etmemek dahi câizdir. Zîrâ sahibi, zâyi' ettiği mahalde arar, bulur, malına dest-res olur. Amma nefsine emîn olmayıp hırs ve tama'ı sebebiyle sarf ve istihlâk etmesi melhûz ise iltikāt etmemelidir. *(Feth, Hidâye, Abdülhalîm)* Şu kadar ki, lukata bulunduğu yerde telef olmasından havf olunduğu takdirde, onu bulup nefsine de emîn kimse üzerine iltikāt etmesi lâzım ve vâcib ise de, şu lüzumun terki ismi (günahı) mûcib olur; yoksa zamânı dâvet eylemez. Yâni bu halde lukatayı ahz etmeyen kimse üzerine o lukata zâyi' olduğunda zamân lâzım gelmez. *(Abdülhalîm ve Mecma'u'l-enhur)*

Lâkin lukata, sahibinin aramayacağı, taleb etmeyeceği malum olan bir şey olur ise -karpuz ve nar kabukları ve sebze süprüntüleri gibi- bunları atmak ibâha olacağından, bulan kimse, i'lân ve işhâd etmeğe mecbûr olmayarak bununla intifâ' edebilir. Meselâ alıp hayvanına yedirebilir. Beyne'l-ulemâ bunda ihtilâf yoktur. Şu kadar ki bunlar yine mâlikinin mülkünde kalacağı cihetle mal sahibi, bunlar âhız yedinde aynen mevcut olunca istirdâd edebilir. Çünkü bunları atmak ibâhadır; yoksa temlik değildir. İbâhada ise ibâha edilen mal mevcut olunca, sahib-i malın mülkünden çıkacağından hakk-ı istirdâdı bâkīdir. *(Fethul Kadîr)*

5- Lukatada lâzım gelen işhâd ve i'lan, ve i'lan ile işhâdın yek-diğerden muğnî olması: Lukata, yed-i mültekıtda emânet olmak için üç şart lâzımdır.

Birincisi, lukata bulunduğu mahalden ahz ve ref' olunur iken sahibine iâde edilmek üzre alınmaktır. Bu şart *Mecelle*'de "sahibine vermek üzre aldığı sûretde" fıkrasıyla beyân olunuyor.

İkincisi, lukata iltikāt olunacağı sırada işhâd olunmaktır. Bu şart, *Mecelle*'de mezkûr değildir.

Üçüncüsü, lukata, iltikāt olunduktan sonra i'lân olunmaktır. Bu şart 770. maddede beyân olunuyor.

Şart-ı sânîyi îzâh edelim: Mültekıt, iki şahid huzurunda ve lukatayı iltikāt edeceği esnada, yâni lukatayı bulduğu yerden kaldıracağı sırada "lukatayı bulup sahibine reddetmek üzre aldığını", iki kimseye söyler ise sahibine vermek üzre aldığı anlaşılır. İşhâddan maksad, lede'l-îcâb sahibine vermek için alındığının isbât edilmesinin imkânı olmakla bu şahidler, âdil ve makbûlü'ş-şahâde kimseler olmalarıdır. "Bende zâyi' bir şey bulunuyor. Kim ki lukatayı arar olduğunu işitirseniz beni gösteriniz." diye şahidlere söylemekle işhâd hâsıl

olur. Buna "işhâd ale'l-lukata" denilir. Lukata, gerek kıymetdar gerek kıymetsiz bir şey olsun işhâd olunmak lâzımdır. Fakat işhâdda lukata diye tasrîh, yahut lukata altın veya gümüştür diye cinsini beyân etmek lâzım değildir. *(Redd-i muhtâr, Abdülhalîm)*

Bu şerâit tahtında iltikāt olunan mal, emânet olur.

Lukatanın emânet olması üzerine mesâil-i âtiye teferru' eder.

Evvelen; lukata yed-i mültekıtda bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' veya kıymetine noksan târî olsa zamân lâzım gelmez. (768. madde şerhindeki kā'ide-i sâniyeye bakınız.)Ve mültekıt, lukata, yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef oldu ise 1774. maddeye mebnî ma'a'l-yemîn tasdik olunur.

Sâniyen; mültekıt, 780. maddeye mebnî lukatayı berâ-yı hıfz emînine i'ta edebilir. Emîn-i merkūm yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr olsa 91. maddeye mebnî mültekıta zamân lâzım gelmeyeceği gibi emîne dahi zamân lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)*

Sâlisen; lukata, mültekıtın ta'addîsinden veya taksîrinden nâşi telef veya zâyi' olsa, tekmîl kıymetinin ve noksan kıymet terettüb eylese noksan-ı mezkûrün zamânı lâzım gelir. Madde-i ânife şerhindeki kā'ide-i sâniye ile 787. maddeye bakınız. *(Hindiyye)*

Râbi'an; mültekıt, lukatayı sahibine teslîm etmeğe mecbûr iken vermekten imtina' edip de bundan sonra telef olsa zâmin olur.

İ'lân ile işhâdın yek-diğerden muğnî olmasına gelince; işhâd, madde-i atiyede mezkûr olan ta'rîfi müstağnî-anh kılmaz. Yâni işhâd ettikden sonra ta'rîf ve i'lan olunmak dahi lâzımdır. Fakat bir kavle göre işhâddan sonra i'lân etmek lâzım değildir.

Amma i'lân ile işhâd olunmağın lüzumu ber-taraf olamaz. Binâenaleyh ilandan evvel işhâd lâzım olup ba'de'l-iltikāt i'lân olunduğunda bu ta'rîf ve i'lân, evvelce icrâ olunmayan işhâd için kîfâyet etmez. *(Redd-i muhtâr)*

6- Lukatanın mahall-i işhâdı: İşhad ale'l-lukata, ber-vech-i bâlâ lukatanın hîn-i ahz ve ref'inde icrâ edilmek lâzım gelir. Bu mevzuda terk-i işhâd, zamânı îcâb eder. Hatta mültekıt, lukatanın bulunduğu mahalden hîn-i ahzında işhâda muktedir iken işhâd etmeyip de mahall-i mezkûrü tecavüz etse, zâmin olur. *(Bezzâziyye)* Meğer ki lukata mefâzede ve kırda bulunmak gibi lukatanın zeman-ı ahz ve ref'inde işhâd edecek şahidler bulunmasın yahut işhâd olunduğu takdirde bir gāsıbın lukatayı yed-i mültekıtdan ahz etmesinden korkulsun. Şöyle ki sebebden birinden dolayı terk-i işhâd, bi'l-icmâ' bâ'is-i zamân olmaz. Zîrâ işhâd, sıyânet-i emvâl yâni gayrin malını bi'l-muhâfaza, sahibi zuhurunda ona redd ve iâde edilmek için meşru' kılındığı halde, gāsıbın ta'addî edeceği malum iken işhâd olunmak, malın hıfzına değil, zıyâ'ına sebeb olur. *(Hidâye ve Feth)* Ve esbâb-ı mezkûreden dolayı işhâd edemediği hakkında yemîniyle söz mültekıtındır. Yâni mültekıt, filan sebebden do-

layı işhâd edemediğini söyler ise sözü ma'a'l-yemîn kabul edilir, fakat şâhidi bulamaması cihetiyle işhâd edemediği halde mültekıt ba'dehû işhâd edecek şâhidlere dest-res olunca hemen işhâd etmesi lâzım gelir. Bu zemanda terk-i işhâd, bâ'is-i zamân olur.

Lâkin bilâ-sebeb terk-i işhâd, iki mes'elede mûcib-i zamân değildir.

1. Mes'ele: Mültekıt, ber-vech-i bâlâ işhâd etmediği halde sahibü'l-lukata, mültekıtın lukatayı ahz ve ref' etmesi kendisine redd ve iâde etmek için olup, yoksa temellük maksadına müstenid olmadığını ikrâr ederse zamândan berî olur. Zîrâ bunların tesâdukları kendi haklarında hüccet olur. *(İnâye)*

2. Mes'ele: Bilâ-özür, terk-i işhâd eden mültekıt, iltikāt-ı vâki'i sahibine reddetmek için olduğunu iddiâ ve mal sahibi temellük etmek üzre aldığını dermeyân eder ise, İmam Ebû Yusuf'a göre, temellük için almadığı hakkında yemîni ile mültekıtın kavli kabul olunur. Zîrâ mal sahibi mültekıt aleyhine zamânı ve vücûb-ı bedeli dâvâ etmekte ve mültekıt ise inkâr eylemektedir. *Mecelle*'nin 8. maddesi mûcibince söz, beraet-i zimmeti iddiâ edenin, ve beyyine 76. madde hükmünce münkirindir. *(İnâye)* Ve bir de insan-ı kâmilin zâhir hali ma'sıyyeti irtikâb değil; hisbeyi "ecr ü sevabı" ihtiyâr edeceğine delâlet ve şahadet edeceğine mebnî bunun ahz ve iltikātı şer'an câiz ve helal olan sûrete mahmûl olur. Bu da nefsi için değil, sahibine reddetmek üzre almaktır. İşte şu delîl-i şer'î, işhâd makāmına kāimdir. İmam Ebû Yusuf'un şu kavli "***ve bihi ne'huzü***" ibâresiyle tercih edilmiştir. İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed'e göre terk-i işhâd her halde mûcib-i zamândır. *Hidâye* sahibinin zâhirine göre bu mezheb tercih olunmuştur. *Mecelle*'de, bu iki mezhebden biri tercih olunduğuna dâir bir kayıt ve işaret yoktur. Maa zalik *Mecelle*, lüzum-ı işhâdı zikretmemekle bu mezhebi yâni İmam Ebû Yusuf kavlini kabul etmiştir, denilebilir.

Lâkin bâlâda mezkûr olan şu ihtilâfın mahalli, muhtâc-ı îzahdır. Şöyle ki, ihtilâf-ı mezkûr, mal sahibi ile mültekıt, mezkûr malın lukata bulunduğuna ittîfâk ettikleri sûrettedir.

Amma mültekıt, "Lukata olarak sana vermek üzre ahz ve ref' ettim." dediği halde sahibi, "O mal benden zâyi' olmuş olmayıp benden gasb etmiş idin." diye ihtilâf ettiklerinde, bilâ-tafsîl mültekıta zamân lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr ve Hayriyye fi'l-lukata)*

7- Lukatayı ba'de'l-ahz bulunduğu mahalle iâdesi: Mültekıt, lukatayı bulduğu yerden iltikāt ettikten sonra yine mahalline iâde ve orada terk etse, bunda iki mes'ele vardır.

1. Mes'ele: Mültekıt sahibine vermek üzre iltikāt ettikden sonra yine bulduğu mahalle bi'l-iâde orada terk etse, bunda ihtilâf olunmuştur. *Haniye*'de mezkûr olduğuna göre zamândan berî olur; gerek bulduğu yeri tecavüz ettikten sonra, gerek kable't-tecâvüz iâde etsin. Zâhir-i rivâyet dahi budur. *(Bahr)* *Bezzâziyye* 'nin *Gasb*'ında beyân eylediğine göre mültekıt, bulduğu yerden kable't-tahvîl ve't-tecâvüz iâde ederse zamân lâzım gel-

mez. Baʻde't-tahvîl ve't-tecâvüz iâde ederse, lukatayı sağ ve sâlim olarak redd ve sahibine teslîm edinceye kadar onun zamânında olur.

2. Mes'ele: Mültekıt, lukatayı sahibine vermek üzre almayıp, kendisine mal olmak için iltikāt ettikden sonra, bulduğu mevziʻa iâde etse, zamândan berî olmaz. Sahibine sâlimen teslîm edinceye kadar mültekıtın taht-ı mesuliyyet ve zamânında kalır. *(Hâniyye)*

8- İʻlân-ı lukatanın zemanı ve müddeti ve miktarı: *Mecelle*'nin 770. maddesindeki iʻlan, vakt-i ahzde olması lâzım değildir. Vakt-i ahzinde iʻlân câiz olduğu gibi lukatanın telefinden evvel olmak şartiyle vakt-i iltikātdan sonra iʻlân olunsa, yine sahîh ve muʻteberdir. İşhâddan sonra ber-vech-i muharrer iʻlân olunduğunda, mültekıt, lukatayı nefsi yâni temellük için almayıp sahibine reddetmek maksadıyla iltikāt eylediği anlaşılır. (68. maddeye bakınız.) *(Abdülhalîm)*

Müddet-i iʻlân hakkında ihtilâf olunmuş ise de, bu müddetin bir sene olmak gibi muayyen bir vakit ile muhassas olmaması ciheti kabul edilmiştir. Bu sûretde müddet-i iʻlân mültekıtın re'yine müfevvaz olup, sahibi lukatayı taleb etmeyeceğine zann-ı gālib hâsıl, yahut lukata etʻime ve esmâr gibi çok müddet duramayacak ve fesad bulacak yâni bozulmağa imkân kalmayacak vakte kadar mültekıt iʻlân ettirir.

Mültekıt, bir defa iʻlân ettiğinde def-i zamân için kâfî ise de vacib olan ilanın tekrar edilmesidir. *(Feth)*

9- Lukata kendi malı olduğu beyâniyle taleb edene sûret-i teslîmi ve bundan sonra asıl sahibi zuhur ettikde lukatanın ahkâmı: Lukata, kendisinin olduğu beyâniyle kendisine teslîmini teleb eden kimseye teslîm edilmesini tecvîz eden esbâb üçtür.

Evvelen, o kimse lukatanın kendisine ait olduğunu bi'l-beyyine isbât etmesidir. Buna dâir 770. maddesiyle şerhinde tafsîlât verilecektir.

Sâniyen, bir kimse lukatanın nefsü'l-emre muvâfık bulunan bi'l-cümle alâmâtını yâni lukata, meselâ nukūd olduğu takdirde bunun adedini, cinsini, ve mezkûr nükūdun mevzûʻ bulunduğu kîse taʻdâd ve tavsîf edince, mültekıt kendi rızâsiyle mezkûr lukatayı o kimseye verebilir. Yâni verdiği takdirde muâkab olmaz. Lâkin bu sûretde mültekıt, rızâsiyle vermeyecek olsa bâzı fukahâya göre vermeğe icbâr edilemeyip mültekıtın beyyine taleb etmeğe hakkı vardır. İbnü'l-hümâ bu kavli tercih ediyor.

Nitekim iki kimse zuhur edip de ikisi de lukatayı ber-vech-i bâlâ tavsîf ile beraber her biri lukata kendisinin olduğunu beyân eyler ise mültekıt, bilâ-cebr ikisine de bi'l-iştirâk verebilir.

Lâkin ber-vech-i bâlâ "sâniyen" fıkrasıyla beyân olunan ahvâlde mültekıt, lukatayı teslîm edeceği kimseden kefîl taleb ile kefîl vermediği takdirde teslîmden imtina etmeğe hakkı vardır.

Sâlisen, bir kimse zuhur ile lukata kendisinin olduğunu iddiâ ve mültekıt dahi bunu ikrâr ve tasdik eylediği takdirde ol kimse, lukatayı ber-vech-i bâlâ tavsîf ve ta'rîf etmese bile mültekıt, yine ona teslîm eder. Lâkin bu sûret-i sâlisede mültekıt, lukatayı ol kimseye teslîm etmese de beyyine taleb etse, bâzı fukahâya göre teslîme icbâr edilir ki muhakkak kemal-i cebr cihetini tercih etmiştir. *(Abdülhalîm)* Diğer bâzı fukahâya göre icbâr edilemez. Zîrâ bu ikrâr, gayr aleyhine olmakla mûcib-i ilzâm olacak mahiyyeti hâiz değildir. Binâenaleyh mültekıtın beyyineyi taleb etmeğe hakkı vardır. Bâlâda mezkûr ikinci ve üçüncü sûretlerde mültekıt lukatayı ol kimseye verebilir demek i'ta ve teslîm eylediği halde gayrin malını başkasına teslîm etmek sûretiyle itlâf etti denilerek, müstahık ta'zîr ve min ciheti'l-âhar mes'ul olmaz, demek olup yoksa sahib-i hakîkîsine karşı zamândan berî olur demek değildir.

Binaehaleyh mültekıt, ber-vech-i bâlâ beyân-ı alâmet veya tasdîk ile lukatayı bir kimseye teslîm ettikden sonra diğer bir şahıs çıkıp da, lukata kendisinin malı olduğunu bi'l-beyyine isbât eder ise lukata mevcud olunca aynen ahz edebileceği gibi telef olduğu sûretde o şahıs muhayyerdir. Dilerse mültekıta, dilerse kābız bulunan o kimseye tazmîn ettirir. (910. maddeye bakınız.) Kābıza tazmîn ettirdiğinde 658. madde şerhinde zikrolunduğu üzre kābız, mültekıta tazmîn ettiremez. Amma mültekıta tazmîn ettirdiği halde mültekıt, kābıza rücu' edebilir ki sahîh olan da budur. Zîrâ mültekıtın ikrâr ve tasdiki hükm-i hâkim ile tekzîb edildi. Ve gûya bilâ-tasdik teslîm eylemiş ve muahharen lukata kendisinin olmadığı anlaşılmış oldu. *(Feth)* *Mecelle*'nin 79. maddesi şerhiyle 1654. maddesine bakınız.

Fakat bâzı ulemâ dediler ki, ezhar olan şudur: Mültekıt, beyân-ı alâmet ile teslîm ettiğinde kendisi sahib-i hakîkisine zâmin olunca, o da bedel-i zamân ile lukatayı kendisinden ahz eden kimseye rücû' edebilir. Amma ikrâr ve tasdik ile teslîm edince rücû' edemez. *(Abdülhalîm)* Yâni bâlâda beyân olunan suver-i selâseden ikinci sûretde rücû' ve üçüncü sûretde adem-i rücû'dur dediler.

İstisna:

Mültekıt, lukatayı bir şahıs için ikrâr edip de ber-mûceb-i ikrâr ona teslîm ile hükm-i hâkim lâhık olmasından dolayı teslîm olunduktan sonra birisi, lukata, kendi malı olduğunu bi'l-iddiâ, müddeasını beyyine ile isbât etse, mültekıta zamân lâzım gelmez.

10- Lukatanın sahibi zuhur etmeyince olunacak muâmele:

Mültekıt, 770. maddede metnen ve şerhan mezkûr olan müddet, i'lân ve ta'rîf ettiği halde sahibi zuhur etmez ise, vücûh-ı erbaa-i âtiye ile tasarrufta muhayyerdir.

1- Dilerse müddet-i mezkûreden sonra dahi kendisi lukatayı sahibi için muhâfaza etmekte devam eder ve kendisinin vefâtında veresesi onu mirasa bi'l-idhal iktisâm etmesinler için âhara vasıyyet eder. Yâni bu mal, yedinde lukata olduğunu bi'l-beyân vefâtından sonra dahi muhâfaza edilmesini tavsiye eyler. *(Feth)*

2- Dilerse müddet-i mezkûreden sonra sahibinin zuhurunda ona redd ve iâde olunmak üzre Beytülmal'a vaz' eder. Beytülmal'de lukatanın muhâfazasına mahsûs bir hazinenin bulunması ahkâm-ı şer'iyye iktizâsındandır.

3- Dilerse müddet-i mezkûreden sonra lukatayı muhafza etmek üzre hâkime verir. Hâkim dahi, lukata kābil-i ikrâz mal ise bir zengine ikrâz eder. Mültekıt dahi hâkimden istikraz etse câiz olur. Yahut hâkim, mudârebe tarîkıyla bir melîye -zengine- itâ eder.

Lukata, bey'a muhtâc bulunan bir şey ise, mültekıt, veya hâkim onu satarak semenini hıfz eyler. Ve eğer hâkim satmış ise, sonra sahibi bu bey'i feshedemez. Amma lukata, kābil-i fesâd bir şey iken, mültekıt onu satmayıp da bozulsa mültekıta zamân lâzım gelmez. (785. maddeye bakınız.)

4- Dilerse sevabı sahibine ait olmak üzre bir fakire tasadduk ve bu vechile müstahık olana hakkını îsâl eder. Yâni mültekıt, ayn-ı lukatayı sahibine îsâla mecbûr ise de, bu mümkün olmayınca sevabı -sahibi mücîz olur itikadiyle- sahibine îsâl eder. Yoksa ganîye tasadduk edemeyeceği gibi, bir ganînin sağîr veledine dahi tasadduk edemez. *(Hidâye ve Abdülhalîm)*

Ve mültekıt fakir olunca kendi nefsine ve kendisinin fakir veledine ve zevcesine dahi tasadduk ve bey'a muhtâc ise satıp parasını ol vechile sarf edebilir. Lâkin bâzı fukahâya göre, mültekıt fakir olup da nefsine sarf edecek olduğunda, hâkimden izin almak lâzım olur. İzin almaksızın nefsine sarf etmek helal olmaz demişler ise de, mütûn-ı fıkhiyyenin ıtlâkından anlaşıldığına göre bu sûretde nefsine sarfın helal olması izn-i kadıya mevkūf değildir. *(Abdülhalîm)*

Ve ba'de't-tasadduk mal sahibi zuhûr ettiğinde, tasadduku mücîz olur ise sevabı kendisine ait olur. Bu icâzetin sıhhatinde lukatanın yed-i fakirde kıyâmı şart olmayıp, müstehlek olsa dahi icâzet verebilir. Vakı'a, telef olan şeye icâzetin lâhık olmaması muktezâ-yı kavâid-i fıkhiyyeden ise de, bu kā'ideden işbu mes'ele yâni lukatanın yed-i fakirde telefinden sonra icâzet mes'elesi müstesnadır.

Şu kadar ki, sahib-i lukata kāsır ve binâenaleyh teberru'âta eliyeti mefkūd bulunduğu sûretde, bunun velisi veya vasîsi tasadduku mücîz olamaz. Âtîde zikrolunacağı üzre tazmîn ettirmesi lâzım gelir. (58. ve 509. maddelere bak.)

İşte mültekıt, vücûh-i erbaa-i mezkûre ile tasarrufta muhtar ise de, bu muhtariyyet mal sahibinin hakkının ibtâline bâis olmaz. Binâenaleyh, tasadduk ve bey‘ sûretlerinde mal sahibinin hakk-ı tazmîni vardır. Şöyle ki:

Tasaddukta hakk-ı tazmîn:

Mültekıt, lukatayı ecnebî bir fakire yahut kendisi fakir olmakla nefsine tasadduktan sonra sahibi zuhûr etse, tasarruf-ı mezkûrü hâkimin izniyle olsa bile lukata aynen mevcud olunca vâzı‘u'l-yedden ahz ve istirdâd edebileceği gibi, müstehlek olduğunda mültekıta veya fakire tazmîn ettirir. *(Hidâye)* Mültekıta tazmîn ettirir. Zîrâ mültekıt diğerin malını sahibinin izni olmaksızın gayra teslîm etmiştir. (96. maddeye bak.)

Sual: Vâkı‘â sahibinin izni olmaksızın teslîm etmiş ise de, lâkin şer‘in izin ve ibâhasiyle teslîm etmiş ve cevâz-ı şer‘î ise 91. madde hükmünce zamâna münafi bulunmuş olmakla mültekıta zamân lâzım gelmemeli idi.

Cevab: Şâri‘den sâbit olan tasadduka izin olup, yoksa îcâb-ı tasadduk değildir. Yâni şâri‘ mültekıt üzerine lukatayı tasadduk etmesini lâzım ve vâcib kılmamıştır. Belki tasadduka yalnız ruhsat vermiştir. *(Fethulkâdir)* Bu ruhsat ile amel edip etmemek yed-i ihtiyârındadır. Bu i‘tibârla lüzûm-ı zamândan vâreste kalamaz.

Fakire dahi tazmîn ettirir. Zîrâ fakir gayrin malını onun izni olmaksızın ahz eyledi.

Sual: Fakir, lukatayı mültekıtdan kabz ettiğinde, onda izn-i şer‘le mülkü sâbit iken nasıl istircâ‘ ediyor. Yâni mal sahibi fakirden nasıl tazmîn ile geri alabiliyor.

Cevab: İzn-i şer‘le sübût-ı mülk, sübût-ı hakk-ı istirdâda mâni‘ değildir. Hibede olduğu gibi. (864. maddeye bak.) *(Feth)*

Hangisi zâmin olursa diğerine rücû‘ edemez. Yâni mültekıt lukatayı âhar bir fakire tasadduk ettikden sonra o da istihlâk edip de ba‘dahü sâhibi zuhûr ederek fakire tazmîn ettirdiğinde, fakir, mültekıta rücû‘ edemez.

Sual: Fakir mağrur min ciheti'l-mültekıt olmakla ona rücû‘ etmeli idi.

Cevab: Gurur akd-i muâvezâ yahut nef‘i dâfiâ aid olan akd-i teberru‘ zımmında olmayınca mûcib-i zamân ve müstelzim-i rücû‘ değildir. *(İnaye)* (658. madde şerhine bak.)

Nitekim mültekıta tazmîn ettirdiğinde mültekıt dahi fakire rücû‘ edemez. Zîrâ mültekıt zamân ile lukataya vakt-i ahzına istinâden mâlik olup kendi malını tasadduk etmiş gibi olur.

Kezâ, lukata hâkime verilip de o da bir fakire tasadduk ettikden sonra sahibi zuhûr ettiğinde dilerse hâkime tazmîn ettirir. Zîrâ hâkim gāibin emvalini muhâfazaya memur olup,

yoksa itlâfa değil. *(Feth)* Dilerse fakire tazmîn ettirir. Ve hangisi zâmin olursa diğerine rücû‘ edemez. (658. madde şerhine bakınız.)

Bey‘-i mültekıtda ve bey‘-i hâkimde hakk-ı tazmîn: Nitekim mültekıt parasını hıfz etmek üzre lukatayı âhara sattığında ba‘dehü sahibi zuhûr etse bakılır. Mültekıt hâkimin emriyle satmış ise, mal sahibi yalnız semen-i mebî‘i alır; bey‘i feshedemez. Nitekim bizzat hâkim satar ise yine hüküm böyledir. Amma mültekıt, hâkimin emri olmaksızın satmış ise bakılır. Mebî‘, yed-i müşteride mevcud ise sahibi bey‘i dilerse mücîz olur; ister ise ibtâl ile malını istirdâd eder. (378. maddeye bak.) Amma mebî‘ yed-i müşteride telef olmuş ise sahibi muhayyerdir. Dilerse bâyi‘a tazmîn ettirir ki, bu takdirde bey‘ nâfiz olur. Dilerse müşteriye tazmîn ettirir. (910. maddeye bak.) Bu takdirde bey‘ bâtıl olup, müşteri, verdiği semeni bâyi‘den alır.

Lukatanın cu‘l ve nafakası: Mültekıt, iltikātı mukābilinde cu‘l, yâni ücret taleb edemez. Gerek mekân-ı garîbden iltikāt etsin ve gerek mekân-ı ba‘îdden iltikāt etsin. Velev ki mal sahibi "Şöyle bir malı zâyi‘ ettim; kim bulup bana teslîm ederse şu kadar kuruş ücret vereyim." demiş ola. (449. madde şerhine bak.)

Ve mültekıt, kendi kendine ettiği infakta müteberri‘ olup sonra sahibine rücû‘ edemez. Zîrâ kendisinin velâyeti kāsıradır. Lâkin hâkimin emriyle ettiği ittîfâkta müteberri‘ olmayıp sonra mal sahibine rücû‘ eder. Şöyle ki mültekıt hâkime bi'l-mürâca‘a yedinde şöyle bir hayvan lukata olarak mevcud olduğu beyâniyle, muahharen sahibi zuhûr ettiğinde ona rücû‘ etmek üzre infâka izni taleb ve mezkûr hayvan yedinde lukata olduğunu ikāme-i beyyine ile isbât eyler ise, hâkim dahi ol vechile infâkla emreder. Zîrâ hâkimin mâl-i gāib hakkında velâyeti vardır. Bu infâkta gāibin fâidesi bulunur. *(Hidâye)* Her ne kadar beyyine münkir aleyhine ikāme ediliyor ve binâenaleyh hîn-i ikāme-i beyyinede müdde‘â-aleyhin huzuru meşrût ise de, bu beyyine, keşf-i hal yâni mezkûr hayvanın lukata olduğu nezd-i hâkimde münkeşif olmak içindir. Yoksa berâ-yı hüküm olmadığından bu beyyinenin istimâ‘ında hasım lâzım değildir. *(Feth)* Fakat mültekıt, "Bu hayvanın lukata olduğuna beyyinem yoktur." dese, hâkim, mültekıta şuhûd-u sikāt muvâcehesinde der ki "Eğer sözünde sadık isen ona infâk et!" hâkimin bu vechile muallakun bi'ş-şart olarak izin vermesinin sebebi, iki zarardan birinin lüzûmundan hazerdir. Şöyle ki hâkim, sûret-i kat‘iyye ve mutlakada olarak infâkla emr ettiğinde ol hayvanın mağsub zuhuru takdirinde mâlik üzerine zamân yâni lüzûm-ı nafaka takarrur eder ki bu hal, mâlike zarardır. Ve hâkim infâkla emretmediğinde ol hayvanın lukata çıkması sûretinde, mültekıt infâk ettiğinde, infâkında müteberri‘ olarak mültekıt mutazarrır olur. *(İnaye)*

İnfâkla sûret-i emr ve bu masrafa mukābil lukatanın merhûniyyeti:

Şurası da ma‘lûm olmalıdır ki, rivâyet-i esahha göre yalnız infâkla hâkimin emri sıhhat-i rücû‘da kâfi olmayıp, belki muahharan sahibine rücû‘ etmek üzre, yâni bu şartla infâk ile

emir lâzımdır. Zîrâ hâkimin emri rücû' ile hisbe "sevab için olmak" beyninde mütereddid olmakla infâk-ı mezkûrün cihetinde şekk hâsıl olur. Halbuki şekk ile deyn olamaz. (8. maddeye bak.)

Hâkimin sûret-i meşrûha vechile emri üzerine mültekıt, lukatayı infâk ettiğinde, mültekıt, masrafını lukata sahibinden alır. Mültekit, gerek kendi malından infâk etsin ve gerek hâkimin emriyle istidâne ederek infâk etsin. Hatta sahib-i lukata mezkûr masrafı vermekten imtinâ' ettiğinde, hâkim mezkûr lukatayı satarak masrafını bedelinden tesviye ve fazlasını lukatanın sahibine reddeder ve lukatanın telefi şu masrafın sukūtunu îcâb etmez.

Binâenaleyh, lukata mültekıt yedinde telef olduktan sonra, sâhibi zuhûr etse, hâkimin emriyle mültekıtın sarf ettiği nafaka sâkıt olmayıp mültekıt şu masrafiyle yine sâhib-i lukataya rücû' edebilir.

Fakat mültekıt, lukataya ettiği masrafını, berâ-yı istîfâ lukatayı yedinde imsâk yâni sâhibine teslîmden imtinâ'a hakkı bulunduğundan bu vechile imsâk ettikden sonra telef olursa rehinde olduğu üzre nafaka sâkıt olacağı, ***Hidâye*** ve ***Gurer*** ve ***Mülteka*** ve ***Redd-i muhtâr*** ve ***Hindiyye*** ve ***Tebyîn***'de zikrolunmuş iken ***Şürünbülâlî*** 'nin verdiği îzâhata göre bu sûretde sukūt-ı nafaka İmam Züfer'in mezhebi olup ama eimme-i selâsemizin mezheblerinde bu takdirde nafaka sâkıt olmaz.

Lukata nafakasının sûret-i tedâriki ve infâkın muvakkat olması:

Nafaka evvelen; bedel-i îcardan tedârik olunur. Şöyle ki lukata hımar ve ester ve esb gibi kābil-i îcar olan şeyler olunca, mültekıt bunları bi-izni'l-hâkim bi'l-îcâr ücretinden lukatayı infâk eyler.

Sâniyen; mültekıt kendi malından muvakkaten bi-izni'l-hâkim infâk eyler. Şöyle ki lukata için müste'cir bulunmayıp da, nafakanın yâni masrafın hayvanın kıymetini istiğrak etmesinden havf olunur ise, yahut lukata koyun olmak gibi kābil-i îcâr olmayan hayvan olur ise hâkim iki üç gün infâk etmesiyle mültekıta izin verir de sonra satarak semenini hıfz eder. Zîrâ hâkimin emri nazarîdir. Vücûd-ı menfa'ate mütevekkıftır. (58. maddeye bak.) Nitekim bey'-i lukata mes'elesi ânifen îzâh olundu. Ve bu semenden hâkim iki üç günlük masrafını mültekıta i'ta eder. Ancak hâkimin satması dahi mültekıtın ber-vech-i bâlâ yedindeki mal, lukata olduğunu isbât etmesi ile meşrûttur. *(Redd-i muhtâr ve Dürr-i muhtâr ve Hindiyye)*

Kalabalıkta ayakkabının değişmesi: Bir kimse, izdiham ve kalabalıkta sehven kendi ayakkabını terkle diğerin ayakkabını alsa, lukata hükmünde olmakla sâhibinin tâharrîsi lâzımdır. Amma kalabalıkta bir şahsın ayakkabısı kasden alınıp da ondan ednâ bir ayakkabı bırakılsa, o şahıs bu ayakkabıyla intifâ' edebilir. Zîrâ a'lâsını alıp da ednâsını terk eden, ol ednâ ile gayrin intifâ'ına rızâ göstermiş olur. Bu îzâhattan âlâsını alan kimsenin onun-

la intifâ' etmesinin cevâzı ve meşrû'iyyeti" anlaşılmamalıdır. Lâkin terk edilen ayakkabı alınana müsâvî veya ondan daha âlâ ise, lukata hükmünde olur. *(Redd-i muhtâr, bi-ziyâdetin)*

770. MADDE

[**Mültekıt, bir lukata bulduğunu**] lukatayı bulduğu mekânda ve esvâk ve şevâri'[2] ve ebvâb-ı mesâcid gibi mecâmi'-i nâsda münâdîler vâsıtasiyle [**ilân ettirir.**] Yahut bizzat kendisi ilân eder. Bu ilâna fukahâ "ta'rîf" diyor.

İlânın mahâll-i mezkûrede olmasının sebebi şudur. İlândan maksûd o malın sâhibi zuhûr edip de ona teslîm edilmesi ve mal sâhibinin malına nâil olması olup, bu mevâzi'de ta'rîf ve ilân olunması maksûd-ı mezkûrü ziyâdesiyle teshîl eder.

Gazetelerle ilân edilmesine gelince: Fukahâ asrında, zemanımızdaki gibi evrak-ı havâdis gayr-i mevcud olmakla, bu vâsıta ile ilân hakkında kütüb-i fıkhiyyede bahis yoktur. Lâkin evrak-ı mezkûre ile ilân dahi zemanımızda câizdir. Fakat herkes gazete okumadığı ve okuyamadığı gibi her yerde gazete dahi bulunmadığı cihetle yine fukahânın dediği gibi mecâmi'i nâsda münâdî vâsıtasiyle ilân dahi edilmelidir.

[**Ve**] mültekıt, lukatayı [**sâhibi zuhûr edinceye dek nezdinde emânet olmak üzre hıfz eder.**]

Lukatayı "Benimdir." diyene teslîmi câiz olan ve olmayan sûretler ve başka sâhibi zuhûr ettiğindeki hüküm:

Lukatanın sâhibine yâni benimdir diyene teslîmi mecûz olan ahvâl üçtür.

Birincisi: [**Ve bir kimse zuhûr ile**] mezkûr lukata [**kendi malı olduğunu**] bi'l-beyyine huzur-ı hâkimde [**isbât**] ve hâkim dahi ber-mûceb-i beyyine ol kimseye teslîm ile hüküm [**ederse**] mültekıt lukatayı [**ona teslîm etmesi lâzım gelir.**] Yâni mültekıt buna mecbûr olur. Ve bu halde yâni bir kimse lukata kendisinin olduğunu iddiâ ve bi'l-beyyine isbât edip alacak olduğunda, mültekıt ol kimseden kefîl-bi'l-mal veya bi'n-nefs taleb edemez. *(Hidâye)*

Amma bilâ-beyyine ve hüküm, mültekıt teslîm-i lukataya icbâr edilemez. Zîrâ bunda müdde'î, sâhibü'l-lukata olmakla 76. madde hükmünce ikāme-i beyyine etmesi lâzımdır. *(Feth)*

Bir kimse bu vechile lukatanın kendi malı bulunduğunu bi'l-beyyine isbât edip hükm-i hâkimle lukatayı mültekıtdan ber-vech-i meşrûh hükmen aldıktan sonra, diğer bir şahıs

2 Şâri'in cem'idir. Şâri' dahi tarîk-ı azîm demektir.

dahi çıkıp, lukata kendisinin malı olduğunu iddiâ ve isbât etse mültekıta artık zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Ve müstahıkkın ol kimseden dâvâ etmesi lâzım gelir. Buna dâir îzâhât, madde-i ânife şerhinde geçti.

İkincisi: Lukatanın bi'l-cümle alâmâtının beyânıdır.

Üçüncüsü: Mültekıtın tasdîkidir. Bunlar madde-i sâbıka şerhinde tafsîl edilmiş idi.

771. MADDE

[**Bir kimse nezdinde diğerin malı kazâra**] yâni bilâ-ta'add velâ taksîr [**telef**] yahut kıymetine noksan târî [**olduğu sûrette**] bunda iki ihtimal vardır.

İhtimal-i evvel: [**eğer**] ol kimse o malı [**sâhibinin izni olmaksızın almış ise**] gerek başkasının malı olduğunu bilerek alsın ve gerek kendi malı zannıyla alsın [**beher hal zâmin olur.**] Zîrâ 881. maddeden dahi anlaşılacağı üzre bu husus gasb kabîlinden olmakla bunda 891. maddenin hükmü cârî olur.

İzâhu'l-kuyûd

1- Almış ise: Buradaki almak lafzı mutlak olarak mezkûr olmasından anlaşılır ki. (64. maddeye bak.) Gerek gayrin malı olduğunu bilerek gerek bilmeyerek alsın, zamân lâzım gelir. Şöyle ki bir kimse diğerin malını kendisinin zanniyle itlâf etse zâmin olur.

Meselâ kassar, birine onun zanniyle gayrin sevbini verip o da itlâf etse, ikisi de zâmin olur. (912. maddeye bak.) Ve cehil özür değildir. Ve mal sâhibi bunlardan hangisinden ister ise tazmîn ettirebilir ki, mal sâhibi müstehlike tazmîn ettirir ise, müstehlik kassara rücû' edemez. (658. madde şerhine bak.) Amma kassara tazmîn ettirir ise, kassar dahi müstehlike rücû' eder. ***(Tekmile-i Redd-ı Muhtar)***

2- Beher hal: Bu tâbir ta'mîm için olup, bu ta'mîm dahi üç vechile mülâhaza olunabilir.

Vech-i evvel, "Gerek kazâra yâni bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsun ve gerek ta'addî ve taksîrinden nâşi telef olsun." demektir. Misâlde "kazâra" kaydı getirilmemesi şu ta'mîm maksûd olduğuna delâlet ettiği gibi 891. maddede musarrah olduğu üzre ta'mîm-i mezkûr nefsü'l-emrde sahîh olduğuna şüphe yoktur. Fakat sadr-ı maddedeki "bilâ-ta'add" makāmında mezkûr olan "kazâra" kaydına mülâyim düşmez.

Vech-i sânî, "Gerek bakmak ve gerek diğerine göstermek için alsın, gerek kullanmak gibi başka bir şey için alsın." demektir. *Bezzâziyye* 'de mezkûr olduğu üzre şu ta'mîm dahi sahîh olup, fakat ibârede buna delâlet edecek bir şey yoktur.

Vech-i sâlis, "Semen, gerek tesmiye olunsun ve gerek olunmasın." demektir. *Zahîriyye*'de beyân olunduğuna göre bu da sahîh olur. İbârenin müsâadesinden kat'u'n-nazar bâlâda mezkûr olan üç vecihle dahi ta'mîm sahîh olduğuna şüphe yoktur.

İhtimal-i sânî: [**Eğer**] ol kimse yedinde kazâra telef olan ol malı [**sâhibinin**] sarâhaten veya delâleten [**izniyle almış ise yedinde emânet olmakla**] ol vechile kazâra yâni bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğu halde [**zâmin olmaz.**] (786. maddeye bak.) Şerhan işaret olunduğu üzre şu fıkrada sadr-ı maddedeki "kazâra" kaydının mu'teber olduğuna şüphe yoktur. Nitekim âtî'z-zikr ikinci misâlden dahi müstefâd olur.

Bu fıkra, yâni "Sâhibinin izniyle alınan mal emânettir." fıkrası bir kā'ide olup, bunun üzerine ilm-i fıkhın ebvâb-ı müteferrikasından mesâil teferru' eder. Bazılarını zikredelim.

1- İkrâz: Bir kimse diğer kimesneden elli altın ödünç istemekle o kimesne ona sehven altmış altın verse, ol kimse on altınu bi'l-ifrâz o kimesneye götürmekte iken yolda telef olsa on altınun beş südüsü ikrâz olmakla, mezkûr beş südüsü zâmin olur. Yâni bu miktar borcu bulunmakla te'diye etmesi lâzım gelir. Amma mütebâkīsi vedî'a ve sâhibinin izniyle alınmış olmakla zamân lâzım gelmez. *(Ankaravî)* O kimse yedinde bâkī kalan elli altın dahi bu nisbet üzre mukrız ile müstakrız arasında müşterek olur. *(Şarih)*

2- Edâ-yı deyn: Bir kimsenin diğer kimesneye on altın borcu olmakla ol kimse, sehven on iki altın verip de muahharan kābız buna muttali' olsa, İmam-ı Azam ve Ebû Yusuf'a göre fazla iki altın emânet olur. *(Hâniyye fi'l-gāsıb)*

3- Büyû': 318. madde şerhinde beyân olunduğu üzre hıyar-ı ta'yîn ile kabzedilen iki veya üç maldan biri mebî' ise de diğerleri bâyi'in izniyle kabzedilmekle emânet olup, kazâra telef olza zamân lâzım gelmez.

4- Sevm-i nazar tarîkıyla kabzedilen mal emânet olup, yed-i kābızda telef olsa zamân lâzım gelmez. (299. maddeye bak.)

5- Sevm-i şirâ tarîkıyla tesmiye-i semen olunmayarak kabzedilen mal emânet olup, yed-i kābızda telef olsa zamân lâzım gelmez. (298. maddeye bak.)

6- Bey'-i bâtıl ile satılan malı, müşteri, bi-izni'l-bâyi' kabzetse de yedinde telef olsa zâmin olmaz. (370. maddeye bak.)

7- Vefâen mebî': Mal sâhibinin izniyle kabzedilerek emânet olmakla, kābız yedinde kazâra telef olsa, deynden fazlasının zamânı lâzım gelmez. (401. maddeye bak.)

8- Îcare: Müste'cir, yedindeki me'curu bi-izni'l-mâlik kabzetmekle emânet olduğundan, yedinde kazâra telef olsa zamân lâzım gelmez. (601. maddeye bak.)

9- Ecîr-i has yedindeki mal kazâra telef olsa zamân lâzım gelmez. (610. maddeye bak.)

10- Kefâlet: Kendi yedindeki emânet maldan edâ etmek üzre kefîl olan kimsenin yedindeki mezkûr emânet telef olsa, kefîle zamân lâzım gelmez. (650. maddeye bak.)

11- Rehin: Yed-i mürtehinde merhûn mal bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, ol malın deynden fazlası mazmûn olmaz. (741. madde şerhine bak.)

12- Emânât: Bir kimse birinin izniyle hânesine dahil olduğunda meydanda duran kadeh ile su içerken kazâra yedinden düşüp kırılsa, zamân lâzım gelmez. (772. maddeye bak.)

13- Yed-i müstevda'da vedî'a telef olsa, müstevda' üzerine zamân lâzım gelmez. (777. maddeye bak.)

14- Yed-i müste'îrde âriyet telef olsa, müste'îr zâmin olmaz. (713. maddeye bak.)

15- Şirket: Yed-i şerîkda mâl-i şirket telef olsa, şerîk-i merkūm zâmin olmaz. (1350. maddeye bak.)

16- Yed-i mudâribde mâl-i mudârebe telef olsa, mudârib-i merkūm zâmin olmaz. (1413. maddeye bak.)

17- Vekâlet: Yed-i vekîlde cihet-i vekâletten dolayı makbuzu olan mal telef olsa, ol vekîl zâmin olmaz. (1463. maddeye bak.)

[**Fakat**] ihtimal-i sânîden dört mes'ele müstesnâdır ki, bu mesâilde mal sâhibinin izniyle kabzedilen malın zamânı lâzım gelir.

Birinci mes'ele: Müşteri bir malı [**sevm-i şirâ sûretinde**] alıp da yedinde telef olursa, adem-i zamân şart edilse bile [**semen tesmiye olunduğu halde zamân lâzım gelir**]. (*Bezzâziyye fî evveli'l-bey'*) Bu fıkranın tafsîlâtı 298. maddede ve şerhinde sebk eylemiş olmakla, oraya mürâca'at oluna.

İkinci mes'ele: Sevm-i rehin sûretiyle kabzedilen malın zamânı lâzım gelir ki 710. madde şerhindeki mebhas-i sâlisde îzâh olunmuş idi.

Üçüncü mes'ele: Cihet-i bey' ile kabzedilen maldır. Bu mal, sevm-i şirâ sûretiyle makbûz gibidir. Şöyle ki, bâyi' hata ederek mebî'in gayrisini mebî' zanniyle müşteriye teslîm edip de müşterî-i merkūm yedinde telef olsa, bedelini zâmin olur. (*Bezzâziyye*)

Dördüncü mes'ele: Vesîka tarîkıyla yâni rehin sûretiyle makbûz bulunan maldır. Bu makbûzun deyne muâdil miktarı deyniyle mazmûndur. (741. madde şerhine bak.)

1- [**Meselâ bir kimse sırçacı**] yâni tabak ve kâse gibi evânî-i züccâciyeyi satanın [**dükkânından hod-be-hod**] yâni sırçacının izni olmaksızın [**bir kâse alıp da elinden düşerek kı-**

rılsa zâmin olur.] Zîrâ ol kimse, delâleten buna me'zun değildir. Ve dükkâncının izniyle dükkâna girmiş olması kâseyi almağa delâleten me'zuniyyeti tazammun etmez. *(Hâniyye ve Bezzâziyye)* Gerek kazâra düşmüş olsun gerek ta'addî ve taksîrinden dolayı düşmüş olsun.[3]

Bu misâl, şu maddenin fıkra-i ûlâsına misâldir.

2- [**Ve eğer**] ol kimse [**sâhibinin izniyle alıp da nazar ederken kazâra yere düşüp kırılsa zamân lâzım gelmez.**] Zîrâ onu sâhibinin izniyle almış olmakla yedinde emânet olup, emânet ise 768. madde hükmünce mazmûn değildir.

Bu misâl şu maddenin ikinci fıkrasına misâldir.

Nitekim bir kimse, yağ satın almak kasdiyle bakkal dükkânına girip de yağ küpüne baktığında, burnundan kan seyelân edip kazâra yağ içine akmakla, yağ dahi mâyi olduğundan müteneccis olsa, nazar olunur: Eğer bakkalın izniyle bakmış ise zâmin olmaz. Ve illâ zamân lâzım gelir. Bu takdirde mezkûr yağ gayr-i me'kûl ise noksan kıymetini ve me'kûl ise tekmîl bedelini zâmin olur. Gayr-i me'kûl olup da kanın damlamasından dolayı noksan kıymet dahi terettüb etmemiş ise hiçbir şey lâzım gelmez.

3- [**Ve ol kâse**] yâni fıkra-i sâniye vechile sâhibinin izniyle alınan kâse [**diğer birtakım kâseler üzerine**] kazâra [**düşerek kırılıp, onları dahi kırsa bu kâselerin**] yâni ol kâsenin düştüğü kâselerin [**zamânı lâzım gelir.**] Zîrâ bu kâseler onun fi'iliyle, bi-gayr-i izni'l-mâlik, telef edilmiştir. (912. maddeye bak.) *(Hâniyye)*

Şu maddede, sâhibinin izniyle ve izinsiz ahz olunanlardan bahs olunmaktadır. Ol kâseler bunlardan biri olmadığı cihetle şu fıkra burada istıtrâden mezkûr olup yoksa bu maddeye misâl değildir. Belki bu fıkra-i sâlise 912. maddede mezkûr olduğu üzre "Bir kimesne diğerin gerek kendisinden ve gerek emîni yedinde bulunan malı gerek kasden ve gerek min gayr-i kasdin itlâf etse zâmin olur." Mes'ele-i umûmiyyesinin fer'idir.

4- [**Ancak**] baktığı [**ol kâse**] sâhibinin izniyle alındığı cihetle [**emânet olmakla yine**] yâni "ve eğer sâhibinin izniyle alıp da nazar ederken..." fıkrasında olduğu gibi [**anın zamânı lâzım gelmez.**] Şu misâl-i râbi', misâl-i sânînin yâni "ve eğer sâhibinin izniyle alıp da nazar ederken" fıkra-i misâliyyesinin aynı olduğuna nazaran ayrıca zikri tekrar olmakla beraber "yine" tâbirinin isti'malinin mevkî'inde vukû'u, şâyân-ı teemmüldür.

5- [**Amma**] bir kimse [**"Bu kâse kaç kuruşadır." deyip, dükkâncı dahi "Şu kadar kuruşadır al." dedikde**] ve ol vechile semen takarrur ettikden [**sonra eline alıp da kazâra yere düşerek**] yalnız kendisi [**kırılsa**] yahut hem kendisi kırılsa hem de diğer birtakım kâseleri kırsa ol kimse cümle kırılanları [**zâmin olur.**] Şu misâl fıkra-i sâliseye yâni "fakat sevm-i şirâ ......ilâ âhirihi" fıkrasına misâldir.

3

6- [**Kezâlik bir kimse**] şerbetçiden [**şerbet içerken, şerbetçinin bardağı**] kazâra [**elinden düşerek kırılsa**] mezkûr bardak [**âriyet kabîlinden olmakla**] 813. maddeye mebnî [**zamân lâzım gelmez.**] Ki, bu mes'elede iki akit vardır. Biri şerbetin bey'i diğeri de bardağın i'âresidir. Bu sûrette şerbeti bardağıyla kabzedip de içmeden elinden düşerek bardak münkesir olup şerbet dahi dökülse, şerbetin parasını vermek lâzımdır. (294. maddeye bak.) Amma bâlâda zikrolunduğu üzre bardağın zamânı lâzım gelmez.

Şu misâl-i sâdis dahi bu maddenin fıkra-i sâniyesinin ayrıca bir misâlidir.

7- [**Fakat**] ol kâse ve bardak [**kendisinin sû-i isti'malinden nâşî düşmüş**] yahut kasden atıp kırmış [**ise**] 787. maddeye mebnî [**zâmin olur.**] (768. madde şerhindeki kā'ide-i sâniyeye bak.) Nitekim ol kâse diğer kâseleri dahi kırsa onların da zamânı lâzım geleceği 912. maddede mursarrahtır.

Şu yedinci misâl, bu maddedeki "kazâra" kaydının muhterezün-anhını beyân içindir. Bunun mes'ele-i umumiyyesi 787. maddede mezkûr olduğu üzre "Müstevda'ın ta'addî veya taksîri halinde vedî'a telef yahut kıymetine noksan târî olsa zamân lâzım gelir." maddesidir.

772. MADDE

[**Delâleten izin**] hükümde [**sarâhaten izin gibidir.**] Bu cihetle madde-i ânifenin fıkra-i sâniyesi vechile, sâhibinin izn-i sarîhiyle alınıp da kazâra alanın yedinde telef olan malın zamânı lâzım gelmediği gibi, delâleten izniyle alınıp da ber-vech-i mezkûr telef olan malın zamânı dahi lâzım gelmez.

[**Fakat sarâhaten nehiy**] ve memnûiyyet [**var ise delâleten**] yâni delâleten olan izine [**itibâr olunmaz.**] (13. maddeye bak.)

Fıkra-i ûlâya, yâni delâleten izin sarâhaten izin gibi olmasına müteaddid misâller îrâd olunur. Şöyle ki:

1- [**Meselâ bir kimse birinin izniyle hânesine**] veya dükkânına [**dahil oldukda meydanda duran**] yâni su içmek için konulan [**kadeh ile su içmeğe**] ol kimse [**delâleten me'zundur.**] Yâni onun izniyle hânesine girmiş olması, meydanda duran kadeh ile su içmeğe me'zun idiğine delâlet eyler. [**Ve**] delâleten olan şu me'zuniyyete binâen kadehi eline alıp da [**su içerken kazâra yedinden düşüp kırılsa, zamân lâzım gelmez.**] Madde-i ânifeye bak.

Nitekim mezkûr bardak ile su içmeğe sarâhaten izin verip de, içerken bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa zamân lâzım gelmeyeceği gibi. (813. maddeye bak.) Lâkin su içmek için muadd olmayıp, meselâ zînet için vaz' olunan çini kâse ile, yahut dükkâna bey' için vaz' olunan

bardaklardan birini bilâ-izin alıp da onunla su içerken kazâra düşüp kırılsa, zamân lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr ani'l-Velvâliciyye)*

2- Bir kimse hamama dahil olup kurna tasını alıp hamamda bulunan müşterilerden diğerine verse de onun yedinden düşüp kırılsa, ne verene ne de alana zamân lâzım gelir. Çünkü ol kimse buna delâleten me'zundur.

3- Bir kimsenin hânesine giren cemaatten biri, ol hânede meydanda duran aynayı alıp baktıktan sonra diğerine verse de ba'dehü zâyi' olsa, birine zamân lâzım gelmez. Zîrâ aynaya bakmağa delâleten izin vardır. Fakat bir şey alsa ki, onu almak memnû' ola, gāsıb olur. Nitekim ânifen zikrolundu.

4- Baba, ibnin veya oğul babanın, veya zevc zevcenin, veya zevce zevcin esteriyle değirmene gitse de ester kazâra telef olsa, zamân lâzım gelmez. Zîrâ buna delâleten izin vardır.

5- Bir kimse diğer kimesneyi kendi işi için bir yere göndermekle meb'us yâni o kimesne âmirin yâni ol kimsenin hayvanını bilâ-izn-i sarîh, bi'l-ahz râkib olup yolda hayvan telef olsa bakılır. Eğer âmir ile meb'us arasında inbisât, yâni teklifsizlik var ise zâmin olmaz. Ve eğer inbisât yok ise zâmin olur.

6- Müşterek bir hayvan hastalanmakla, baytarlar lüzûm-ı keyy[4] beyân etmeleriyle, hissedâr gāib iken müşârik-i hâzır onu keyy ettirebilir. Bu sûretde hayvan telef olsa, keyy ettiren hissedâra zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.)

7- Râ'î, devâm-ı hayatından ümit munkatı' bulunan koyun gibi me'kûlü'l-lahm hayvanı zebh etse, kavl-i sahîh ve müftâ-bihe göre istihsânen sahîh olmaz. Zîrâ buna delâleten izin vardır. Fakat ecnebî zebh ettiğinde, bir kavle göre zâmin olmaz. Ve diğer kavle göre zâmin olur. Amma râ'î, hımar gibi gayr-i me'kûlü'l-lahm bir hayvanı zebh etse, hal-i zebhindeki yâni hayatından ümit munkatı' olduğu haldeki kıymetini zâmin olur. *(Fusûleyn)* Zîrâ telef, bu halde bulunan mala musâdiftir.

8- Bir kimse kasabın kesmek üzre ayaklarını bağladığı koyunu zebh etse zâmin olmayacağı gibi, bir adam pişirmek için eti tencereye vaz' edip de ocağa koyduktan sonra, diğer kimesne tencerenin altına ateş koyup eti pişirse zâmin olmaz.

9- Bir kimsenin hayvanının üzerinden yük düşmekle, diğer kimesne onu bilâ-izin ol hayvana yükletmekle hayvan telef olsa zâmin olmaz. Zîrâ bunlara delâletin izin sâbittir.

10- Bir kimse diğer kimesneye bir kab içinde hediye gönderdiğinde, ol hediye diğer kaba boşaltıldığında, lezzeti zâil olur şey ise, o kimesne mezkûr hediyeyi o kapta ekl edebilir. Zîrâ delâleten buna izin vardır. O halde tabaktan yer iken kazâra kırılsa zamân lâzım

4 Keyy, dağlamak.

gelmez. Ve eğer hediye fevâkihten bir şey olmak gibi diğer kaba boşaltıldıkta lezzeti zail olmaz şey ise, o kimesne mezkûr kapta onu ekl edemez. Meğer ki o kimse ile o kimesne beyninde inbisât ve teklifsizlik buluna.

11- Bir kimse sâdık, yâni dost ve muhibbinin bağına girip sarâhaten izni olmaksızın bir miktar şey, yâni meselâ üzüm tenavül ettiğinde, bağ sâhibi buna vâkıf olunca mübâlât etmeyeceği ma'lûm olur ise bunda beis olmamak mercûdur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ani'l-hulâsa fi'l-âriye)*

12- İki kimse sefere gidip bunlardan birisi şol mevzi'de fevt olsa ki onda mürâca'at edilecek hâkim bulunmaya, hayatta bulunan refîki müteveffânın emtia ve hayvânâtını bi'l-bey' esmânını veresesine götürebilir. Zîrâ satmayıp da aynını nakledecek olduğunda bir çok masârif-i nakliyyeye hâcet mess edeceğinden bu gibi mevâzı'da refîki delâleten bey'a me'zundur. Ancak bu mesâğ bâyi' ve müşteri gayrin malını satmış ve almış olmalarından dolayı mu'âkab olmazlar ma'nâsına olup, yoksa bey'-i mezkûr nâfiz olur demek değildir. (378. maddeye bak.) Ve bey'a muhtâc olmayan nukûd ve eşyasını dahi hıfz için kabz edebilir. Ve yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa zamân lâzım gelmez. *(Ali Efendi)* (91. maddeye ve şerhine bakınız.)

[**Fakat sâhib-i hâne**] veya sâhib-i dükkân [**"Ol kadehe dokunma!" diye nehyetmiş iken**] ondan, yâni nehy-i mezkûrden sonra [**eline alıp da**] kazâra yedinden [**düşerek kırılsa**] 891. maddeye mebnî [**zâmin olur.**] Amma nehy-i mezkûrden evvel delâleten olan me'zûniyyete binâen alıp da kazâra yedinde telef olduktan sonra nehyetse, nehyin hükmü yoktur.(13. madde şerhine bak.)

ŞERH-İ KİTABÜ'L-EMÂNÂT

BAB-I SÂNÎ

Vedî'a hakkında olup iki faslı şamildir.

Îdâ'ın meşrû'iyyeti edille-i erb'aadan kitâb ile sâbit olmuştur. Ayet-i celîlede "***İnnallahe ye'mürüküm en tüeddü'l-emânâti ilâ ehlihâ***" (Nisâ 4/58) varid olmuş ve edâü'l-emânât ancak ba'de'l-kabûl olacağı der-kâr bulunmuştur. Binâenaleyh, bu ayet-i kerîme îdâ'ın meşrûiyyetine delâlet eder.

Bu ayet-i celîle, Osman bin Talha hakkında nazil olmuştur. Şöyle ki feth-i Mekke gününde Osman (r.a.) Kâbe'yi kilitledi, sathına çıktı. Resûl-i Ekrem sallalahü te'âlâ aleyhi vesellem anahtarı aradı. Osman'dadır denildi. Sonra ondan istedi. Osman (r.a.) ise i'tâdan imtinâ' etti. Resûlüllah olduğunu bileydim verirdim, dedi. Ali Radıyallahü anh. Hz. Osman'ın elini büktü, anahtarı aldı, kapıyı açtı. Resûl-i Ekrem Kâbe'ye dâhil oldu; iki rekat namaz kıldı, sonra Kâbe'den çıktı. Amcaları Abbas (r.a.) Kâbe anahtarlarının kendisine i'tasını ve ol vechile, sikâyet ile sidânenin, yâni hâdimü'l-ka'be olmak şerefinin kendisinde cem'ini istedi. Müte'âkıben şu ayet-i celîle nazil oldu. Resûl-i Ekrem Ali'ye (r.a.) emretti. Anahtarları Osman'a (r.a.) reddettirdi; ve özür dilettirdi. Osman (r.a.)ise, ya Ali demîncek bana icbâr ve ikrâhla anahtarı aldın, ezâ ve cefâ ettin; şimdi rıfk ve mülâyemet ile geldin dedi. Ali (r.a.) ise şu ayet-i celîlenin nüzûlünü haber verdi. Osman (r.a.) dahi "Eşhedü en lâ ilâhe illallah ve eşhedü enne Muhammeden resûlüllah" dedi. Ve Cebrail nazil oldu. Sikâyet ve sidânet ebeden Osman ve evlâdında olması emr-i İlâhî muktezâsından olduğunu haber verdi. Osman ise muahharen hicret etmekle miftahı biraderi Şeybe'ye verdi. Binâenaleyh, miftah ve sidâne, ilâ yevmi'l-kıyâme Şeybe evlâdında bulunacaktır. *(Şeyhzâde)*

Ve bir de kabûl-i vedî'a hemcinsine hıfzla iâne babından olup, iâne ise "***ve teâvenû ale'l-birri ve't-takvâ***" (Mâide 5/2) âyet-i celîlesi ile mendub bulunmuştur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İlm-i fıkhın mevzûu nikâh ve bey' ve icâre ve kefâlet ve havâle ve rehin gibi ef'âl-i mükellef olup, binâenaleyh fukahâ dahi bâzı mebâhisi, ünvan-ı mezkûr ile zikrederek Kitâbü'n-Nikâh ve Kitâbü'l-Büyû' dedikleri halde,

diğer bâzı mebâhisi efâl-i mükellefe müte'allik bir şeyi ünvan-ı bahs ittihaz ile, Kitâb-ı Âriyet ve Kitâb-ı Me'zun dediler. Bunun sebebi zâhir değildir. İmdi *Mecelle* dahi bu ünvânı burada böylece yazmış ise de, zâhir ve mevzû-ı ilm-i fıkha muvâfık olan "îdâ' hakkında olup" demektir. *(Dürr-i Müntekā ve tekmile-i Redd-i muhtâr)*

FASL-I EVVEL

Akid ve şart-ı îdâ'a müteallık mesâil beyânındadır.

Mecelle, bey' ve icâre ve kefâlet ve havâle ve rehinde şartı "akid" ünvanına idhal ederek "akid" tâbiri rükn ile şarta şâmil kıldığı halde burada üslûbu tağayyür eylemiştir.

Îdâ'ın erkânı dörttür. Vedî'a: 1- Yâni ayn-ı mûda'dir. 2- Sıygadır. 3- Mûdi'dir. 4- Vedî'dir. Birincisi, 775. maddede ve ikincisi ve üçüncüsü 776. maddede ve dördüncüsü madde-i âtiyede beyân olunur.

773. MADDE

Îdâ'ın rüknü, îcab ve kabuldür.

Binâenaleyh 1- [**Sarâhaten yahut delâleten**], yâni 2- Delâlet-i kavlî ve 3- Delâlet-i fi'ilî ile ve 4- Kinâyeten [**îcâb ve kabûl ile îdâ' mün'akid olur.**] (149. maddeye bak.)

Îdâ'da ba'de'l-îcâb kabul lâzım olup olmayan mesâil:

Amma yalnız îcâb ile idâ' münakid olmaz. Nitekim âti'z-zikr "Ve eğer dükkân sâhibi kabul etmez." fıkrasından dahi anlaşılır. Çünkü müstevda' üzerine akd-i idâ' neticesi olarak vedî'anın hıfzı lâzım geleceğinden bi-dûni'l-iltizâm lüzûm olamaz. Fakat idâ'da îcâbdan sonra kabûlün lüzûmu, müstevda' üzerine hıfzın vücûbu içindir. Amma malın emânet olmak sıfatını iktisâb etmesi için yalnız îcâb kâfî olup, bunda kabul lâzım değildir. Hatta îcâb-ı mezkûrden sonra mal, müstevda' olacak kimesne nezdinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, zamân lâzım gelmez.

Meselâ mağsûbun-minh gāsıba, yedindeki mâl-i mağsûbu sana îdâ' ettim dese, gāsıb îcâbı kabul etmese ve hatta reddetse bile zamândan berî yâni mâl-i mağsûb yedinde emânet olmak halini iktisâb etmiş olur. *(Bahr ve tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Îdâ'ın in'ıkādı beş vecihle olup bunun dördü *Mecelle*'den müstefâd olur. Şöyle ki: Bu maddedeki "sarâhaten" ve "delâleten" lafızları hem îcâb ve hem de kabule mürtebıt olmak ihtimaline mebnî in'ıkād-ı idâ'da *Mecelle*'ye göre dört vecih olabilir.

Vech-i evvel, sarâhaten îcâb ve sarâhaten kabul ile idâ‘ mün‘akid olur. *Mecelle*'nin âtî'z-zikr birinci misâlinde olduğu gibi. Vech-i sânî delâleten îcâb ve delâleten kabul ile îdâ‘ mün‘akid olur. Bu delâlet dahi iki nev‘ olup, nev‘-i evvel delâlet-i kavlîdir. *Mecelle*'nin ati'z-zikr ikinci misâlinde olduğu gibi. Nev-i sânî, delâlet-i fi‘ilîdir. *Mecelle*'nin ati'z-zikr üçüncü misâlinde olduğu gibi.

Vech-i sâlis: Sarâhaten îcâb ve delâleten kabul ile îdâ‘ münakid olur. Mecellle'nin dördüncü misâlinde olduğu gibi. Vech-i râbi‘, delâleten îcâb ve sarâhaten kabul ile îdâ‘ mün‘akid olur.

Mecelle' de şuna misâl zikrolunmamış ise de, buna ber-vech-i âtî bir misâl zikrolunur. Şöyle ki: Bir kimse malını bir dükkâncının yanına bırakıp hiçbir şeyi söylemediği halde gitmekte iken dükkân sâhibi "Bu malı vedî‘a olmak üzre kabul ettim." dese, delâleten îcâb ve sarâhaten kabul ile vedî‘a mün‘akid olur.

Tafsîlât-ı ânifeden bu maddede ta‘addüd-i misâlin esbâbı anlaşıldığı gibi *Mecelle'* deki delâletten maksûd, delâlet-i kavlî ile delâlet-i fi‘iliyyeden eamm olduğu müstebân oldu.

Vech-i hâmis: Kinâyeten îdâ‘ mün‘akid olur. Şöyle ki bir kimse diğer kimesneye, şu on dirhemi yahut şu robayı bana ver dese de o da verse vedî‘a olur. Zîrâ i‘tâ yâni derâhimi yahut robayı vermek hibeye dahi muhtemel ise de, vedî‘a hibeden ednâ olmakla, vedî‘a müteyakkın ve hibe meşkûk ve binâenaleyh lafz-ı mezkûr ile kinâyeten vedî‘a mün‘akid olur. *(Redd-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr fî âhiri'l-vedî‘a)*

[**Meselâ sâhib-i vedî‘a şu malı sana îdâ ettim yahut emânet eyledim deyip müstevda‘ dahi kabul ettim dese sarâhaten**] îcâb ve sarâhaten kabul ile [**îdâ‘ mün‘akid olur.**] Amma müstevda‘, îcâbı reddetmiş iken sâhib-i vedî‘a vedî‘ayı yine bırakıp gittiği cihetle, müstevda‘ hıfz etmemekle zâyi‘ olsa zamân lâzım gelmez. Belki bu takdirde müstevda‘ ol malı kendisine mal olmak üzre alıp hânesine götürse gāsıb olur. (769. madde şerhine bak.) Fakat mal sâhibine vermek üzre alıp götürür *ise Zahîre*'de mezkûr olduğuna göre, yine lâyık olan gāsıb olmaktır. Binâenaleyh yedinde telef olsa lâyık olan yine zâmin olur. Lâkin *Fusûleyn sâhibi*, *Zehîre'*ye üç vecihle itiraz ederek, "Zâhir olan zâmin olmamaktır." demiştir. Bu itirâzâtı ber-vech-i âtî beyân ederek lâzım gelen cevapları verelim.

> Vech-i evvel: Gasb, yed-i mâlikin izâlesinden ibâret iken, bu mes'elede yed-i mâlik gayr-i mevcud olduğundan, yed-i mezkûre izâle edilmiş olmamakla gasb olmaz. Buna cevaben deriz ki: İzâle-i tasarrufta gasba müsâvi olan hal ve keyfiyyet, hükmen gasb kabîlinden addolunur. (901. maddeye bak.)
>
> Vech-i sânî: Müstevda‘ın ol malı alıp götürmesi zarar kasdıyla olmayıp, belki nef‘ kasdiyledir.

Cevab: Gasbın hükmü niyyet ile tahallüf etmez. Bu cihetle bir kimse sekrânın cebinden -zâyi‘ olmayıp yarın kesb-i ifâkat ettiğinde ve sekri zâil olduğunda kendisine reddolunmak üzre- para kesesini alsa gāsıb olur. (2. madde şerhine dahi bak.)

Vech-i sâlis: Müstevda‘ın reddinden sonra, mâlikin o malı terk etmesi îdâ‘-ı sânî ve müstevda‘ın dahi ref‘ ve ahz eylemesi kabûl-i zımnî olup binâenaleyh zâhir olan, zamânın adem-i lüzûmudur.

Cevab: Müstevda‘ sarâhaten redd eylemiş ve sarahat ise zımniyyât ve delâletten akvâ bulunmuş olmakla, sarâhat mevcut olan yerde delâlete itibâr olunmaz. (13. maddeye bak.)

Şu izâhattan müstebân olduğu üzre, ***Sâhib-i Fusûleynin Sâhib-i zahîre'*** ye tevcih eylediği itirazlar gayr-i vârid olmakla Zehîre sâhibinin "Lâyık olan zamân lâzım gelmektir." dediği itirazdan sâlim kalmıştır.

Nitekim bir kimse diğer kimesneden emirsiz o kimesnenin hânesine vaz‘ etmiş olduğu metâı, o kimesne muhâfaza etmemekle zâyi‘ olsa, o kimesne üzerine zamân lâzım gelmez. Zîrâ o kimesne hıfzı iltizâm etmemiştir. Ve bi-dûni'l-iltizâm lüzûm yoktur.

Şu kadar var ki o kimesne, mezkûr metâı hâneden taşra atsa da zâyi‘ olsa zâmin olur. Zîrâ bu, itlâftır. (912. maddeye bak.) 762. maddede muharrer "nitekim rüzgâr ile bir kimsenin hânesine ......ilâ âhirihi" fıkrasiyle bunun beyninde fark zâhirdir. Mezkûr fıkrada, mal sâhibinin ihâlesi olmayıp amma burada mal sâhibinin kasden ihâlesi var ise de diğerinin kabulü yoktur. Kabulsüz ise muhâfazaya mecbûriyyet olamaz.

Lâkin bir kimse diğerin dârına dâbbesini idhal etmekle, hâne sâhibi mezkûr dâbbeyi dârından ihrâc etse, zamân lâzım gelmez. Zîrâ dâbbe dâra muzırrdır. Fakat gayrin dâbbesi ahırında bulunup da, ahır sâhibi onu taşra çıkarıp zâyi‘ olsa zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

2- [**Ve kezâlik, bir kimse hana dâhil olarak, hancıya: Hayvanımı nereye bağlayayım dedikte, hancı bir yer gösterip o dahi oraya bağlasa delâleten**] Yâni hem îcâb, hem de kabul delâlet-i kavlî ile olarak [**îdâ‘ münâkid**] ve hancı müstevda‘ [**olur.**] *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Hatta bundan sonra sâhibi gelip de hayvanı orada bulamamakla, hancıya sorduğunda hancı "Arkadaşın sulamak üzre götürdü" dese ve halbuki sâhib-i hayvanın arkadaşı olmasa, hıfzda taksîr etmiş yâni vedî‘ayı bi-gayr-i hakk alan adamı görmüş iken, mani‘ olmamış olmakla hancı zâmin olur.

Nitekim bir kimse, diğer kimesneye "Şu malını hânemîn şurasına koy lâkin ben hıfzı iltizâm etmem." dese de o da koysa ol kimse müstevda‘ olur. Zîrâ sarîhayn müteârız olmakla tüsâkıt ederek mâl-i mezkûr yedinde vedî‘a kalır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*[1]

---

1 فيه ان الثانى رجوع عن الاول فالظاهر ان لا يكون ذلك المال وديعة لازم الحفظ الا ان يقال ان بعد الرجوع لما دفع الى داره المال وراى صاحبه وسكت صار قابلا دلالة, شارح.

3- [**Kezâlik bir kimse malını bir dükkâncının yanına bırakıp**] hiçbir şey söylemeyerek veya bu sana vedî'adır diyerek [**gitse ve o**] dükkâncı [**dahi görüp sükût etse**] bununla fi'i-len, yâni hem îcâb hem de kabul, delâlet-i fi'ili ile olarak îdâ' mün'akid olacağı cihetle, [**ol mal dükkân sâhibi nezdinde vedî'a olur.**] Hatta dükkân sâhibi vedî'ayı orada terkle giderek zâyi' olsa zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu misâl-i sâlisde "görüp" denildi. Zîrâ görmeyince delâlet-i fi'ilî veya kavlî ile vedî'a kabul edilmiş olmaz. Binâenaleyh o malı dükkâncı muhâfaza etmemekle zâyi' olsa zamân lâzım gelmez. Lâkin dükkâncı onu taşraya atamaz. Atarsa zâmin olur. Nitekim birinci misâl şerhinde beyân olunmuş idi.

4- Kezâlik bir kimse ra'y etmek üzre, çobana hayvanını diğer kimesne yediyle gönderip de çoban, o kimesneye "Kabul etmem sâhibine iâde et." demekle o da sâhibine iâde ederken telef olsa, o kimesneye de çobana da zamân lâzım gelmez. Zîrâ çoban kabul etmemekle emânet mün'akid olmamıştır. Ve o kimesne hayvanı çobana teslim edemediği cihetle risâleti müntehî olmayıp, binâenaleyh yed-i emâneti bâkīdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

5- Kezâlik bir kimse hamamda soyunup, robasını siyâbîye bıraksa, o da görüp sükût etse îdâ' mün'akid olur. Hatta ol kimse hamamdan yâni muğteselden "yıkanacak yer" çıktığında robasını bulamayınca siyâbî, "Bir şahıs mezkûr robayı giyip gitti; ben onu kendisinin zannettim." dese, sual ve tefahhus etmeği terkle hıfzda taksîr etmiş olacağından zâmin olur. Lâkin siyâbî bu adam robanı kaldırırken gördüm fakat kaldıranı sen zan ettim dediğinde, bu takdirde kütüb-i fıkhiyyede iki vecih beyân olunmuştur.

Vech-i evvel: Müstevda'a zamân lâzım gelmemektir. Zîrâ müstevda' vakta ki râfi'in mal sâhibi bulunduğunu zan etmiştir, hıfzında taksîr etmemiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Vech-i sânî: Müstevda'a zamân lâzım gelir ki, ânifen şerh ve beyân olunan "hatta bundan sonra sâhibi gelip de hayvanı orada bulamamakla hancıya sorduğunda ......ilâ âhirihi" mes'elesi şunun nazîridir.

6- Ve kezâlik bir kimse malını bir dükkâncı yanına "bu sana vedî'adır diyerek" bırakıp gitse ve o dahi görüp sükût etse îdâ' mün'akid olur. [**Ve eğer dükkân sâhibi "Kabul etmem." diyerek reddetse îdâ' mün'akid olmaz.**] Zîrâ örfen kabul, sarîhan redd zemanında sâbit olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Ve delâlet-i sarîha muâraza edemez. (13. maddeye ve şerhine bak.)

Binâenaleyh, bundan sonra ol mal zâyi' olsa dükkâncı veya zamân lâzım gelmez. Şu fıkra, üçüncü misâle mürtabıt olup "O dahi görüp sükût etse." fıkrasının mukābilidir.

Nitekim müstevda' mûdi'a, bu malı bana îdâ' et deyip de mûdi' dahi söz söylemeyerek ona bıraksa vedî'a mün'akid olur. *(Bâcûrî)*

7- [**Ve kezâlik bir kimse malını vedî'a olmak üzre birkaç kişinin yanına bırakıp gitse ve onlar dahi görüp sükût etseler**] bununla hem îcâb hem de kabûl, delâlet-i fi'ilî ile olan îdâ' mün'akid olacağı cihetle [**ol mal cümlesinin nezdinde vedî'a olur.**] Yâni, bu vechile bırakıp gitmek, yâni vaz'-ı merkūm, îdâ' olur. Binâenaleyh bunların cümlesi birden ol mahalden kalkıp gitmeleri üzerine mezkûr mal zâyi' olsa 787. maddeye binâen cümlesi bi'l-iştirâk zâmin olurlar. Yâni bedel-i zamân, kalkıp gidenlerin aded-i rü'ûslarına inkısâm ederek, meselâ beş kişi iseler her biri o vedî'anın kıymetinin humsunu zâmin olur.

Bu fıkrada "onlar dahi görüp" denildi. Zîrâ onlar görmeseler, sükût ile kabûl mevcut olmayacağından ol mal vedî'a olmaz. Ânifen zikrolunduğu üzre bir kimse diğer kimesnenin hânesine o kimesnenin emri olmaksızın vaz' ettiği malda olduğu gibi.

Vedî'anın müstevda'a teslîmi ile müstevda'ın vedî'ayı mûdia reddi kā'idesi seyyândır. Şöyle ki: *Mecelle*'nin şu mes'elesinden anlaşıldığı üzre vedî'anın müstevda'a teslîmi, önüne koymakla tamam olup, eline veya kucağına koymak şart değildir. Nitekim vedî'anın mûdi'a redd ve iâdesi dahi mûdi'in önüne koymakla tamam olup, eline veya kucağına koymak şart değildir. Binâenaleyh, îdâ' ile intihâ-i îdâ' müsâvî oldu. Halbuki deynde böyle olmayıp, medyûn borcunu dâyinin eline veya kucağına vaz' etmesi şarttır. Hatta önüne koymakla borcunu ödemiş olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

[**Fakat**] ol kişiler ber-vech-i bâlâ görüp sükût ettiklerinden sonra [**birer birer ol mahalden kalkıp gitseler, en sonra kalan kimse hıfza ta'ayyün etmekle**] ol mal hasran [**onun nezdinde vedî'a olmuş olur.**] *(Bahr)* Binâenaleyh, en sonra kalan ol kimse dahi ol mahalden kalkıp gitmekle ol mal zâyi' olsa, zamân hasran ol kimse üzerine lâzım gelir. Bu mes'ele üzerine ber-vech-i âtî sual îrad olunur.

Şöyle ki, fıkra-i ûlâ vechile ol kişiler cümleten müstevda' oldukları cihetle, içlerinden hangi biri giderse hissesini diğerlerine îdâ' etmiş olacağından 790. maddeye binâen giden üzerine hissesi miktarı zamân lâzım gelmeli idi. Binâenaleyh "Tahtavî" bu mes'eleyi kābil-i kısmet olmayan vedî'aya hasrederek 783. madde kabîlinden addedip amma vedî'a kābil-i kısmet olur ise, lâyık olan gidenler üzerine hisselerinin miktarının zamânı lâzım gelmektir, demiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

774. MADDE

Îdâ' akd-i lâzım değildir. Yâni tarafeynden hiçbiri hakkında lâzım olmaz. (114. madde şerhine bak.) Bu takdirde mûdi', istediği zeman vedî'asını istirdâd edebilir. Çünkü mal sâhibidir. Ve vedî' dahi dilediği vakit vedî'ayı reddedebilir. Zîrâ kendisi hıfz-ı vedî'a hususunda müteberri'dir. *(Bâcûrî)*

Binâenaleyh [**mûdi‘ ile müstevda‘dan her birinin ne vakit dilerse akd-i îdâ‘ı fesha salahiyyeti vardır.**] Akd-i îdâ‘ gerek bir sene gibi muvakkat olsun gerek olmasın.

Mûdi‘in yalnız başına olarak fesha salâhiyyeti olduğu 794. maddeden dahi müstefâd olur. Bu cihetle mûdi‘, vedî‘asını taleb ettiğinde bu taleb akd-i vedî‘anın feshi demek olmakla, müstevda‘ iâde etmekten imtinâ‘ edip bundan sonra vedî‘a -velev ki bilâ-ta‘add velâ taksîr- telef olsa, müstevda‘ üzerine zamân lâzım gelir. Ve müstevda‘dan vedî‘a taleb olunduğunda, müstevda‘ mûdi‘a "Sen bana teslîm ederken iki şâhit huzurunda vermiş idin, ben de iki şâhidi bulundurup öyle teslîm edeceğim." diye derhal teslîmden imtinâ‘ edemez. Zîrâ müstevda‘ 1774. madde mûcibince yemîn ile musaddak ve şâhid ile isbât-ı redde gayr-i muhtâc olmakla, berâ-yı işhâd te'hire hakkı yoktur. *(Bâcûrî)*

Fakat, bir mes'elede îdâ‘ akd-i lâzım olur. Şöyle ki 777. maddenin fıkra-i sâniyesinde beyân olunduğu üzre hıfz, ücret mukābilinde olduğu takdirde, bu akd-i vedî‘a akd-i hıfz ve bunda müstevda‘ ecîr-i müşterek olduğu cihetle akd-i mezkûr icâre olmakla, kitâb-ı icârede beyân olunduğu üzre, ehad-i tarafeyn bu akdi kable tamami'l-müddet fesh edemez. (406. maddeye bak.) *(Ankaravî ve İnâye)*

775. MADDE

[**Vedî‘anın vaz‘-ı yede**] yâni müstevda‘ın vakt-i îdâ‘da ona vaz-ı yed edebilmesine [**kābil ve kabza sâlih**] ve kābil [**olması şarttır.**] Zîrâ vedî‘a akd-i istihfâz olup müstevda‘ın vedî‘a üzerine yedini isbât etmeden yâni vedî‘ayı kabz eylemeden hıfz etmesi mümkün değildir. "Kabza sâlih" ibâresinin vaz‘-ı yede atfı, atf-ı tefsîrdir.

[**Binâenaleyh havadaki kuşun**] ve denize düşüp ihrâcı mümkün olmayan malın ve firârî hayvanın [**îdâ‘ı sahîh değildir.**] Çünkü vakt-i îdâ‘da bunlar vaz‘-ı yede kābil değildir. Şu cihetle meselâ ol kuş zâyi‘ olduğunda, müstevda‘ onu muhâfaza etmedi diye zamân ile mahkûm edilemez

Bi'l-fi‘il vaz‘-ı yedi mi, yoksa vaz‘-ı yede yalnız kabiliyyeti mi şarttır? Zeylaî gibi bâzı fukahâ bi'l-fi‘il vaz‘-ı yed şart olduğuna kāil oldukları halde, diğer bâzı fukahâ, vaz‘-ı yede kābil olması kâfî olup, bi'l-fi‘il vaz‘-ı yed şart olmadığına zâhib olmuşlardır ki *Mecelle*'nin 773. maddesinin ikinci ve üçüncü misâllerinden ve kezâ bu maddenin zâhir ibâresinden anlaşılır ki *Mecelle* ikinci kavli ihtiyâr eylemiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

776. MADDE

[**Mûdi‘ ile müstevda‘ın âkıl ve mümeyyiz olmaları**] ve müstevda‘ın fazla olarak me'zun olması sıhhat-i akd-i vedî‘ada [**şarttır.**] *(Bahr)*

Amma mûdi' ile müstevda'ın [**baliğ olmaları şart değildir. Binâenaleyh mecnûnun, ve sabî-i gayr-i mümeyyizin îdâ' ve vedî'ayı kabul etmeleri sahîh değildir.**]

İmdi, mecnûnun ve sabî-i gayr-i mümeyyizin îdâ'ı sahîh olmamakla, bir kimse mecnûnun veya sabî-i gayr-i mümeyyizin malını, onların îdâ'ı üzerine vedî'a olmak üzre kabûl etse gāsıb olur.

Ve mecnûnun ve sabî-i gayr-i mümeyyizin vedî'ayı kabul eylemesi câiz olmamakla, bir kimse mecnûna veya sabî-i gayr-i mümeyyize bir şey îdâ' edip de o da istihlâk etse, bi'l-icmâ' zâmin olmaz. Yâni bunda 916. maddedeki hüküm cereyân eylemez. Fakat bunların mallarını vasî ve hâkim îdâ' edebilir.

[**Amma me'zun olan sabî-i mümeyyizin îdâ'ı ve vedî'ayı kabûl eylemesi sahîhdir.**] Gerek izn-i âmm ile me'zun olsun ve gerek bilhassa vedî'a-i mezkûrenin kabûlüne me'zun olsun. (966 ve 967. maddelere bak.)

İmdi me'zun olan sabî-i mümeyyizin îdâ'ı sahîh olmakla, bir kimse ondan bir vedî'a alsa da bil-ta'ad velâ taksîr yedinde telef olsa zâmin olmaz. (777. maddeye bak.)

Ve me'zun olan sabî-i mümeyyiz, vedî'ayı mücehhelen fevt olsa, terekesinden tazmîn ettirilir. (801. maddeye bak.) Ve vedî'ayı istihlâki gibi ta'addîsiyle yahut vedî'anın hıfzında vâki' olan taksîri ile vedî'a telef olsa zâmin olur. (787. maddeye bak.) Zîrâ sabî-i me'zûn tazyî'-i vedî'adan dolayı zamân ile muâheze olunur.

Sabî-i mümeyyizin vedî'ayı veya istikrâz ve isti'âre ettiği malı itlâf eylediği halde lüzûm-ı zamân hakkında ihtilâf-ı fukahâ:

Bu maddede sabînin me'zun ile takyîdi ihtirâzîdir. Zîrâ sabî-i mümeyyiz-i mahcûrun vedî'ayı kabul eylemesi sahîh değildir. Sabî-i mümeyyiz vedî'ayı kabul edip de muhâfaza etmemekle yedinde telef olsa bi'l-icmâ' zâmin olmayacağı gibi, sabî-i merkūm ol vedî'ayı hal-i sabâvetinde istihlâk etse –vedî'a taam olup da ekl etmek gibi- ne fil-hâl ne de ba'de'l-bülûğ İmam-ı Azam ve Muhammed hazerâtına göre zamân lâzım gelir. Zîrâ sabî-i mahcûrun âdeti tazyî'-ı emvâl olup mûdi' bu âdeti bildiği halde onu sabîye teslîm etmesiyle itlâfa râzı olmuş olmakla vedî'ayı istihlâk eylemesinden dolayı sabî muâheze olunmaz *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu cihetle sabî-i mahcûr kendisine îdâ' olunan malı almak üzre bir sârika delâlet eylese, yahut bir sârik, mezkûr vedî'ayı alırken görüp men'a muktedir olduğu halde men' etmese zamân lâzım gelmez. Halbuki müstevda' bâliğ olunca zâmin olur. (887. maddeye bak.) Amma ba'de'l-bülûğ istihlâk etse 912. maddeye binâen zamân lâzım gelir.

Yine bu cihetle sabî-i mahcûra bir mal îdâ' olunup da, kable'l-bülûğ mücehhelen vefât etse, zamân lâzım gelmeyeceği gibi, ba'de'l-bülûğ vefât eylese zamân lâzım gelmez. Meğer

ki ba'de'l-bülûğ vedî'a, yedinde mevcud olduğu isbât oluna. Halbuki baliğ olunca zamân lâzım gelir. (801. maddeye bak.) Bunda ma'tûh sabî gibidir.

İmam Ebû Yusuf Rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre sabî-i mahcûra bir mal îdâ' olunup o da istihlâk etse zamân lâzım gelir. İmam Şâfi'î dahi bu vechile ictihâd eylemiştir.

Mecelle'de bu iki kavilden birinin tercîhine delâlet edecek bir şey yoğise de, İmam-ı Azam kavli, hususiyle İmameyn'den biri beraber bulunduğu halde ınde'l-fukahâ müreccah tutulur.

Sabî- mahcûra bir mal ödünç veya âriyet verilip de veya bey' ve teslîm kılınıp da sabî-i merkūm onu itlâf etse, bu sûretlerde dahi ihtilâf-ı mezkûr cârî olur.

Amma sabî-i mahcûr, min gayri sebkı'l-îdâ' ve'l-ikrâz, gayrin malına ta'addî etse zâmin olur. Bu cihetle sabî gayrin malını istihlâk etse zâmin olur. Ve sabî-i mahcûr olmasının bunda te'sîri yoktur. Zîrâ hacr akvalde cereyân edip yoksa efâlde hacr te'sir eylemez. Binâenaleyh, bu mes'elede sabî-i merkūma bi'l-ittîfâk zamân lâzım gelir. Şu şerh 778. maddesi şerhiyle *Mecelle*'nin 916. maddesine münâfî değildir.

Yine bu cihetle bir sabî-i mahcûr bilâ-izin gayrin malını diğer sabî-i mahcûra îdâ' ve îdâ' eden ile kabul edenin ikisi de ta'addî etmiş olmakla telef olsa, mal sâhibi mezkûr sabîlerden yâni dâfi' ile âhizden hangisinden ister ise tazmîn ettirebilir. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr)***

Min gayri sebkı'l-îdâ' itlâfiyle, ba'de'l-îdâ' itlâf beyninde fark zâhirdir. Şöyle ki bir kimse sabî-i mahcûra malını îdâ' ettiğinde, ânifen îzâh olunduğu üzre itlâfına delâleten izin vermiş olup, amma bilâ sebkı'l-îdâ' itlâf ettiğinde bunda itlâfa izin yoktur.

FASL-I SÂNÎ

Vedî'anın ahkâmı ve zamânâtı beyânındadır.

Zamânâtın ahkâma atfı, atfu'l-hâss ale'l-âmmdır. Vedî'anın başlıca üç hükmü vardır.

1- Malın yed-i müstevda'da vâcibü'l-hıfz emânet olmasıdır ki 777. maddede zikrolunuyor.

2- Inde't-taleb lüzûm-ı redd ve iâdedir ki 794. maddede beyân olunuyor.

3- Vedî'ayı kabûlün müstehab bulunmasıdır. *(Bahr)* Bu üçüncü hüküm uhrevî olmakla *Mecelle*'de zikrolunmuyor.

777. MADDE

[**Vedî'a yed-i müstevda'da**] lâzımü'l-hıfz [**emânettir.**] Bu halde üç şeyi bilmek lâzımdır. Birincisi hafız ve ikincisi mahall-i hıfz ve üçüncüsü keyfiyyet-i hıfzdır. İmdi birincisi 780. maddede ve ikincisi 781. maddede ve üçüncüsü 782. maddede beyân olunuyor.

[**Binâenaleyh müstevda'ın sun' ve te'addîsi ve hıfzda taksîri olmaksızın**] vedî'a küllen veya ba'zan ve kısmen [**telef veya zâyi' olsa**] meselâ vedî'anın küllîsi veya ba'zısı sirkat olunsa [**zamân lâzım gelmez**] Yâni hasarı mûdia aid olur. (768. madde şerhindeki kā'ide-i ûlâya bak.) Zîrâ Sallalahü Te'âlâ aleyhi vesellem "***Leyse ale'l-müste'îr gayra'l-muğıll-i zamân velâ ale'l-müstevda'i gayra'l-muğıll-i zamân***" buyurmuştur ki gulûl ve ağlâl hıyânet demektir. Ve bir de îdâ'ın meşrûiyyeti ihtiyâc-ı nâsa binâen tecvîz olunmuş iken müstevda' üzerine zamân lâzım gelse nâs, kabûl-i vedî'adan imtinâ' ederler. Ve bu halde ta'tîl-i mesâlih lâzım gelir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Müstevda', vedî'a benden düştü veya vedî'ayı düşürdüm demesi beyninde fark olmayıp, ikisi de bilâ-ta'add velâ taksîr zâyi' olduğunu iddiâdan ibârettir. (607. madde şerhine dahi mürâca'at oluna.)

Vedî'anın emânet olmasına müteferri' mesâil-i adîde:

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye bir mal verip de, "Bunu bugün filân şahsa ver." demiş iken, ol gün şahs-ı merkūma vermemekle yedinde telef olsa, müstevda' yâni ol kimesne mezkûr malı şahs-ı merkūma vermeğe "Peki." demesiyle mecbûr olmadığından ve mâl-i mezkûr dahi vedî'a olduğundan, zamân onun üzerine lâzım gelmez.

2. Mes'ele: Yed-i müstevda'daki vedî'a ester, bilâ-ta'add velâ taksîr zâyi' olmakla müstevda', mûdia "Senin esterini bulup iâde edinceye kadar kullan." diye kendi esterini verse

de, şu ester mûdi' yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa ve sonra müstevda' zâyi' olan esteri bulup iâde eylese, mûdi' telef olan esteri zâmin olmaz.

3. Mes'ele: Bir kimse diğerinden elli altın karz istemekle, mukrız dahi galat ederek altmış altın verdiğine müstakrız muahharen muttali' olduğunda, on altını ayırıp mukrızâ iâde ederken yolda düşürse, on altının beş südüsü karz olmak cihetiyle mukrız zâmin olup, amma bir südüsü yine sırf vedî'a olmakla zamân lâzım gelmez. Ve kezâ "lev heleke'l-bâkī" *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

4. Mes'ele: Vedî'anın küllîsi telef olduğunu müstevda' iddiâ ettiğinde 1774. maddeye mebnî söz ma'a'l-yemîn kendisinin olduğu gibi, bazısı telef olduğunda, telef olduğu miktarda yine söz ma'a'l-yemîn müstevda'ındır. Fakat müstevda' yemînden nükûl ettiğinde, şu nükûl vedî'anın aynen mevcud olduğunu ikrâr addolunur. Binâenaleyh müstevda' vedî'ayı izhar, yahut telefini isbât edinceye değin icbâr ve habs olunur. Ve ikisi de ikāme-i beyyine eylediğinde, yâni müstevda' bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğuna veya redd ve iâde eylediğine ve mûdi' müstevda'ın vedî'ayı itlâf eylediğine ikāme-i beyyine ettiğinde kezâlik müstevda'ın beyyinesi tercih olunur.

5. Mes'ele: Vedî'a müstevda' yedinde iken bilâ-ta'add velâ taksîr kıymetine noksanlık târî olsa, müstevda'a zamân lâzım gelmeyeceği gibi, vedî'ayı âhar bir şahıs istihlâk etse, yine müstevda'a zamân lâzım gelmeyip, belki zamân şahs-ı merkūma lâzım gelir. (912. maddeye bak.)

6. Mes'ele: Mûdi' müstevda'a "Benim iznimsiz vedî'ayı sen istihlâk ettin." diye ve müstevda' mûdi'a, "Sen istihlâk ettin yahut senin emrinle filân kimesne istihlâk etti." diye ihtilâf ettiklerinde söz müstevda'ındır.

7. Mes'ele: Vali keri nehir için yâni 1321. maddede muharrer esbâb gibi meşrû' bir sebebden dolayı bir kimseden para alıp da ol parayı bir şahsa îdâ' ederek müstevda' yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr zâyi' olduğunda, vali eğer kendi yahut keri nehir namı ile îdâ etmiş ise, umumun malından telef olur. Eğer ol kimsenin namiyle îdâ etmiş ise (1460. maddeye bak.) Hasarı hâssaten ona ait olur. *(Hindiyye)*

8. Mes'ele: Bir kimsenin diğer kimesneye bin kuruş deyni olup da ol kimse evvelen bin kuruş, sâniyen bin kuruş daha; yahut, def'aten iki bin kuruş verdikten sonra "Bin kuruşu alacağına tut." deyip "Alacak için şu bin kuruştur." diye tâyin etmeden mezkûr iki bin kuruş dâyin nezdinde telef olsa, emâneten telef olur. Amma "Şu bin kuruş senin alacağın içindir." diye tâyin eylemiş ise, bin kuruş alacağı için almış addolunup, diğer bin kuruş emâneten telef olur.

"Müstevda'a zamân lâzım gelmez." denilmesinden üç hüküm müstefâd olur. Yâni bu maddede adem-i zamân mutlak olarak zikrinden üç hüküm müstefâd olur.

Hükm-i evvel: Vedî'a, ber-vech-i mezkûr yâni bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğu sûretde zamânı şart edilse bile şart-ı mezkûr bâtıl olup yine zamân lâzım gelmez. (83. madde şerhine bak.)

Hükm-i sânî: Vedî'a, yalnız olarak yâni müstevda'ın malı birlikte olmayarak zâyi' olmasiyle, yâni meselâ vedî'a çalınsa idi müstevda'ın malı birlikte olarak çalınır idi. "Madem ki müstevda'ın malı çalınmadı, vedî'a dahi çalınmamıştır." diye müstevda' itham ve zamân ile mahkûm edilemez.

Hükm-i sâlis: Gerek mümkinü't-taharruz olan sebebden dolayı telef veya zâyi' olsun ve gerek mümkinü't-taharruz olmayan sebebden dolayı telef veya zâyi' olsun, iki sûretde dahi zamân lâzım gelmez. (608. madde şerhine bakınız.) *(Bahr)*

Binâenaleyh, müstevda' "Vedî'a zâyi' oldu ama nasıl zâyi' olduğunu bilmem." dese, söz ma'a'l-yemîn kendisinin olup zâmin olmaz. Zîrâ müstevda' emîndir.

Fakat, müstevda' "Vedî'ayı yanıma koydum, sonra unuttum kaldım." dese, emr-i muhâfazada taksîr etmiş olduğunu ikrâr eylemiş olacağından zamân lâzım olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

[**Fakat**] bir mal [**ücretle hıfz için îdâ' olunmuş ise, sirkat gibi mümkinü't-teharruz olan bir sebeble telef veya zâyi' olduğu sûretde**] ol mal müstevda' üzerine [**mazmûn olur.**] Lâkin mümkinü't-taharruz olmayan bir sebeble telef olursa harîk-ı gālib gibi yine zamân lâzım gelmez.

Bu fıkradan anlaşılır ki mûdi', vedî'a kendi malı olmasa bile hıfz-ı vedî'a mukābilinde müstevda' için ücret şart etse sahîh ve mûdi' üzerine mezkûr ücretin i'tası lâzım gelir ki, icâze-i âdemî kabîlinden olur.

Hatta gāsıb mâl-i mağsûbu âhara îdâ edip de hıfz mukābilinde ücret şart etse sahîh olup, ücretin îfâsı gāsıb üzerine lâzım gelir.

Ecîr-i müşterek ile müstevda' bi'l-ecr arasındaki fark:

Sual: Ecîr-i müşterek yedinde müste'cerün-fîh telef olduğunda İmam-ı Azam rahimehü'llahü Te'âlâ hazretlerine göre zamân lâzım gelmeyeceği 607. madde şerhinde beyân ve 482. maddesindeki ve "bu vechile habs edip de yedinde mal telef olsa ......ilâ âhirihi" fıkrasiyle zamân lâzım gelmemesi imam-ı müşârun-ileyhin mezhebi olup, amma İmameyn hazerâtına göre, mezkûr fıkralarda zamân lâzım geleceğine nazaran *Mecelle*'nin Kitâbü'l-icâresinin bâb-ı sâmininin üçüncü faslında ecîr-i müşterekin adem-i zamânına mütedâir bulunan mesâil, İmam-ı Azam mezhebine mebnî olduğu beyân olunmuş idi. İmdi şu fıkrada zamân lâzım geleceği yazılması ecîr-i müşterekteki İmam-ı Azam mezhebine muhâlif ve İmameyn mezhebine muvâfık olduğu yâni müstevda' bi'l-ecir-

de dahi sâlifü'l-beyân ihtilâf cârî bulunduğu zann olunur ki, *Zeyla'î* ve *Hidâye* ve *Bezzâziyye*'de ber-vech-i mezkûr yâni bunda dahi ihtilâfın cereyânı muharrerdir. Yâni mezkûr kütüb-i fıkhiyyede ücretle hıfz için bir mal îdâ' olunup da vedî'a müstevda' yedinde telef olduğunda bunda dahi mezkûr 607. madde şerhinde beyân olunan ihtilâf cârî olduğu zikrolunmuştur. Şu halde kitâbü'l-icârede ecîr-i müşterekin adem-i zamânına dâir olan mesâil İmam-ı Azam mezhebine binâ olunduğu halde şu fıkrada İmameyn mezhebi kabul olunmuş ve binâenaleyh, bir mes'elede yek-diğere muhâlif iki mezhebin ikisi dahi ihtiyâr edilmiş olur.

Cevab: Ecîr-i müşterekteki ihtilâf, müstevda' bi'l-ecirde cârî olmayıp müstevda' bi'l-ecr mümkinü't-taharruz olan şeyle telef olan vedî'ayı bi'l-ittîfâk zâmin olur. Müstevda' bi'l-ecr ile ecîr-i müşterek beyninde fark şudur: Ecîr-i müşterekte inde'l-İmam ma'kūdun-aleyh amel olup, müste'cerün-fîhin hıfzı tebe'an vâcibdir. Amma ücretle müstevda'da hıfz maksûd ve bedel mukābilinde vâcibdir. Bu cihetle müstevda' bi'l-ecr yedinde mümkinü't-taharruz bir sebeple vedî'a telef olsa, onu bi'l-ittîfâk zâmin olur.

İmdi bir kimse hamama girip de natura elbisesini bıraktığında yedinden sirkat olununca nazar olunur. Eğer elbisesini muhâfaza için ücret şart etmiş ise zâmin olur. Ve illa olmaz. Vakı'â hamama giren ol kimse, hamamcıya bir ücret verecekse de bu ücret hamam ile intifâ' mukābilinde olup, yoksa muhâfaza-i siyâb mukābilinde değildir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Vedî'anın mazmûn olmadığına misâller:

Misâl-i evvel: [**Meselâ bir kimsenin yedinde kazâra**] yâni bilâ-ta'add velâ taksîr [**vedî'a olan saat düşüp de kırılsa zamân lâzım gelmez.**]

Misâl-i sânî: Müstevda' vedî'ayı hırz mislinde vaz' ve mahall-i mezkûrü kilitleyip anahtarını bir şahsa i'tâ ederek bir yere gittikten sonra, geldiğinde vedî'ayı bulamasa zamân lâzım gelmez. Yâni vedî'anın mahfûz bulunduğu mahallin miftahını gayra vermek ta'addî veya taksîr addolunmaz.

Misâl-i sâlis: Müstevda', vedî'a olan evrakı sandığa vaz' ettikten sonra, sandık üzerine içilecek su kabı koymakla, su tekātur ederek kâğıtları ifsâd etse zamân lâzım gelmez.

[**Amma**] vedî'a müstevda'ın sun' ve ta'addîsi veya hıfzda taksîri ile telef veya zâyi' olsa, zamân lâzım gelir. Nitekim, 787. maddede tasrîh edilmiştir. Meselâ müstevda' [**saati**] kazâra [**çiğnese yahut**] kazâra [**elinden**] saat üzerine [**bir şey düşüp de kırılsa**] ta'addi edilmiş olacağından [**zamân lâzım gelir**]

"Çiğnese" tâbirinden yâni fi'il-i ta'addînin müstevda'a isnâdından müstefâd olur ki müstevda'a zamân lâzım gelmesi ta'addîyi müstevda' îkā' ettiği sûrette olup, amma müstevda'ın gayri bir kimse vedî'aya ta'addî etse, zamân ancak ta'addî edene lâzım gelir ki, bu mes'ele 778. maddede tasrîh olunuyor.

Şu şerhden anlaşılır ki bu "ama saati çiğnese ......ilâ âhirihi" fıkrası bu maddedeki "sun' ve ta'addîsi ve hıfzda taksîri olmaksızın ......ilâ âhirihi" kaydının muhterezün-anhı olup, mezkûr muhterezün-anh bu maddede mezkûr olmadığı halde 787. maddede mastûr bulunmuştur.

1. Sual: Bu maddenin fıkra-i ûlâsiyle, fıkra-i sânîsi beyninde fark nedir. Yâni, vedî'a olan saat kazâra düşüp kırılsa zamân lâzım gelmez iken, ol saati müstevda' kazâra çiğnese zamân lâzım geliyor. İki mes'elede hükmün ihtilâfını müstelzim olacak fark nedir?

Cevab: Müstevda' saati hıfz ve imsâke me'zun, yâni imsâk dahi hıfz olup, vedî'anın telefi müstevda'ın me'zun olduğu fi'ilden yâni imsâkten tevellüd etmekle, müstevda'a dahi zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Amma fıkra-i sâniyedeki fesad yâni telef müstevda'ın me'zun olduğu fi'ilden mütevellit olmayıp, belki gayr-i me'zun olduğu fi'ilden neş'et etmiştir.

2. Sual: Vedî'ayı kazâra çiğnese zamân lâzım gelir iken, âriyeti kazâra çiğnese zamân lâzım gelmiyor; fark nedir? Yâni 813. maddede zikrolunduğu üzre, âriyet ayna, kazâra müste'ir elinden düşmekle, yahut müste'îrin ayağı kayıp da kendisi aynaya çarpmakla kırılsa zamân lâzım gelmeyeceği gibi. Âriyet keçe üzerine kazâra bir şey dökülmekle, lekelenip kıymetine noksan gelse, zamân lâzım gelmez iken, vedî'ada zamân lâzım geliyor. Yâni bir fi'il vedî'ada mûcib-i zamân olduğu halde, aynı fi'il âriyette müstelzim-i zamân olmuyor. Fark nedir?

Cevab: Ariyette müste'îr şu fi'ile me'zun, yâni müste'îr meselâ âriyet keçeyi yayıp üzerine gezmeğe hasbe'l-âriyet salâhiyyeti mevcut iken, müstevda' vedî'ayı çiğnemeye me'zun değildir. Diğer bir ta'bîrle bâ'is-i telef olan fi'il âriyette me'zûnün-fîh iken, vedî'ada me'zûnün-fîh değildir. *(Eşbah ve şerhi Tenvîrü'l-Ezhân)*

[**Kezâlik bir kimse malını diğere îdâ' ve hıfz için ona ücret i'tâ**] yâni onunla ücret mukāvele [**ettikden sonra ol mal sirkat olunmak gibi mümkinü't-teharruz olan bir sebepden nâşi zâyi' olsa, müstevda'a zamân lâzım gelir.**] Şu fıkra "fakat ücretle hıfz için ......ilâ âhirihi" fıkrasının misâlidir.

Amma harîk (gibi) gāliben mümkinü't-taharruz olmayan bir sebeble telef olursa, ecîre yine zamân lâzım gelmeyeceği Kitâbü'l-icâre şerhinde beyân olunmuş idi.

Vedî'a, gayrin malı olduğu zâhir olunca yed-i müstevda'da bilâ-ta'add telef olsa bile zamân lâzım gelir. Şöyle ki bu hüküm, yâni vedî'a yed-i müstevda'da emânet olarak bilâ-ta'add velâ taksîr telefi takdirinde zamân lâzım gelmemesi, vedî'a, mûdi'in malı olduğu sûrettedir. Yoksa vedî'a gayrin malı bulunduğu zâhir olsa, müstevda' ile mûdi'den her biri mes'ul olur. Şöyle ki, meselâ gāsıb, mâl-i mağsûbu bir şahsa îdâ' edip de şahs-ı merkūm yedinde velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse gāsıba

tazmîn ettirir ki, gāsıb müstevda'â rücû' edemez. Zîrâ gāsıb zamân ile bi-tarîkı'l-isnâd, vakt-i gasbda mâlik olacağından, kendi malını îdâ' etmesi olur ki, şu 777. madde hükmünce vedî'a yed-i müstevda'da emânettir. Meğer ki müstevda' onda ta'addî veya taksîr gibi bir şey îkā' edip de telef ola. Ol halde gāsıb dahi müstevda'a rücû' eder. Ve dilerse müstevda'a tazmîn ettirir ki, bu takdirde müstevda' mûdi'in gāsıb olduğunu bilmediği sûretde mûdi'a rücû' eder. (658. madde şerhine bak.) Ve gāsıb olduğunu bildiği takdirde bâzı fukahâ rücû' eder, diğer bâzı fukahâ rücû' edemez demişlerdir.

Gāsıba tazmîn ettirebilmesi 891. maddeye mebnî olacağı gibi müstevda'a tazmîn ettirebilmesi dahi, müstevda' mezkûr malı mâlikin, yâni mağsubun-minhin rızâsı olmayarak ahz ettiği cihetledir.

778. MADDE

Müstevda'ın gayri bir kimse, vedî'ayı itlâf yahut ona ta'addî ederek, iras-ı noksan etse, zamân mütlif ve müteaddi olan kimse üzerinedir; yoksa müstevda' üzerine değil. Zîrâ 89. madde hükmünce bir fi'ilin hükmü fâiline muzâf kılınır. (912. maddeye bak.) Mütlif ve müte'addî gerek sağîr olsun ve gerek kebîr olsun; gerek müstevda'ın iyâlinde bulunanlardan biri olsun ve gerek ecnebî olsun. Şu mes'elede sağîr-i mütlife ve müte'addiye zamân lâzım geleceğinde eimme-i Hânefiyye müttefik olup 776. madde şerhindeki ihtilâf burada cârî olmaz. Ve mütlif ve müte'addî bulunan sağîrin malı yoksa, hal-i yüsrine intizar olunur. Yoksa sağîrin fi'ilinden dolayı velisine tazmîn ettirilmez. (916. maddeye bak.)

Meselâ [**müstevda'ın hizmetkârı yedinden vedî'a üzerine bir şey düşüp de vedî'a telef olsa, hizmetkâr zâmin olur.**] Bu vechile ecnebî bir şahıs vedî'ayı itlâf ettiğinde zâmin olup, müstevda' bunda mütlife hasım olacağından, bedelini taleb ve iddiâ edebilir. (1637. maddeye bak.)

787. maddesinde "ve kezâ müstevda'dan başka bir kimse mezkûr altınları ol vechile karıştırırsa ol kimse zâmin olur." fıkrası şu maddenin fer'idir.

İzahat-ı ânifeden anlaşıldı ki, bu madde şerhan zikredilen mes'ele-i umumiyyenin bir misâli olduğu cihetle, *Mecelle*'de mutad olduğu üzre mes'elenin sûret-i umumiyyede zikrinden sonra bu maddenin misâl olarak ityânı münâsib idi.

779. MADDE

[**Vedî'a hakkında sâhibinin râzı**] ve şer'an câiz [**olmadığı şeyi yapmak ta'addîdir.**] *(İnaye)* Şu madde ile müstevda' üzerine zamânı îcâb eden ta'addî ta'rîf olunmaktadır. Bu ta'rîften anlaşılıyor ki, ta'addî, taksîrden başka olarak müstevda'ın fi'il-i mahsûsudur. Yâni ta'ad-

dî müstevda'ın fi'ili olup, bu da vedî'ayı itlâf etmek ve emîni olmayan kimseye berâ-yı hıfz vedî'ayı vermek ve vedî'ayı âhara îdâ' etmek veya isti'mal eylemek ve vedî'a olan saati kazâra çiğnemek ve saat üzerine kazâra bir şey düşürmek gibi şeylerdir.

Taksîr ise, vedî'ayı sârik sirkat ederken görüp de men'a muktedir iken men' etmemek ve hıfzı mu'tad olmayan mahalde hıfz eylemek gibi hususlardır.

Binâenaleyh 787. maddede taksîr, ta'addîye atf olunmuştur.

Şu halde müstevda'ın mûdi'a mücerred "Vedî'ayı bana hibe veya bey' etmiş idin." demesi ve mûdi'in inkâr eylemesi ta'addî olmayıp, bu sözden sonra vedî'a telef olsa zamân lâzım gelmez. *(Bahr)* Meğer ki mûdi' vedî'anın kendisine iâdesini taleb ettikten sonra, müstevda' iâdeden imtina' edip ba'dehü telef ola. (794. maddeye bak.)

Nitekim, bağlı kese ve mukaffel sandık îdâ' olunup da müstevda' bunları küşâd etse de derunundan kendisi bir şey almayarak zâyi' olsa zamân lâzım gelmez. Yâni ol vechile küşâd ta'addî veya taksîr değildir.

Ta'rîf-i mezkûrde 784. madde şerhinde tafsîl olunacak ahkâm-ı erbaa dâhil yâni ta'rîf-i mezkûre göre, ahkâm-ı erbaa-i mezkûrenin her birine muhâlefet ta'addî olmak lâzım geleceğine göre ta'rîf, ağyârını mâni' olmamış olacağına mebnî def'-i eşkâl için şerhan "ve şer'an câiz" kaydı ilâve olundu.

Meselâ mûdi' tarafından der-meyan edilip, mümkinü'l-icrâ ve müfîd bulunmayan şarta müstevda' muhâlefet etse, vedî'a sâhibi buna râzı değil iken ta'addî değildir. Çünkü bu muhâlefet şer'an câizdir.

Ta'addî veya taksîrden ma'dûd olan ve olmayan bâzı mesâil:

Bu maddede, ziyâde îzâh olunmak için zamânı îcâb eden ta'addî veya taksîr hakkında bâzı mesâil ber-vech-i âtî zikrolunur.

1. Mes'ele: 780. madde şerhinde zikrolunacağı üzre vedî'a, emîn olmayan bir kimseye berâ-yı hıfz i'ta etmek ta'addî olduğu gibi, 781. madde şerhinde zikrolunacağı üzre müstevda' kendi malını muhâfaza etmediği "ecnebî bir şahsın kendi malını muhâfaza etmekte olduğu" mahalde vedî'ayı hıfz etmesi taksîrdir.

2. Mes'ele: 781. madde şerhinde zikrolunacağı vechile müstevda' sefere gidip, yol emîn olmadığı halde vedî'ayı beraber götürmesi ta'addîdir.

3. Mes'ele: 783. maddenin fıkra-i râbiası ve 784. maddede beyân olunan hükm-i evvel ve sânî hılâfında hareket ta'addî olduğu gibi, 788. madde ile 790. ve 792. maddelerin fıkarât-ı sâniyeleri ve 793. madde ile 794. maddenin fıkra-i sâlisesi ta'addîdir.

4. Mes'ele: 796. maddenin fıkra-i sâniyesine muhâlefet ta'addî olduğu gibi 799. maddenin fıkra-i sâniyesi ve 801. maddede beyân olunduğu üzre techîlü'l-vedî'a dahi ta'addîdir.

5. Mes'ele: Müstevda' vedî'ayı hânesinden başka bir mahalde "Önüme koyup oturduktan sonra kalktığımda unuttum." dese zâmin olacağı gibi, berâ-yı bey' dellala verilen malı dellal "Bir dükkâna koydum amma hangi dükkâna koyduğumu unuttum." dese, dellal zâmin olur.

6. Mes'ele: Müstevda, "Vedî'ayı hâneme mi, mahall-i âhara mı koydum bilmem." dese zâmin olur. *(Hindiyye ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

7. Mes'ele: Bir kimse terziye tamir ettirmek üzre diğer kimesneye elbise verip de, o kimesne dahi bir terziye verdiği halde hangi terziye verdiğini unutsa, zamân lâzım gelmeyeceği gibi müstevda' "Vedî'a zâyi' olup olmadığını bilmem." dese, mûcib-i zamân değildir. Fakat "Zâyi' edip etmediğimi bilmem." demesi mûcib-i zamân olduğu ***Fusûl-i İmadîye***'de zikrolunmuştur.

8. Mes'ele: 901. maddede beyân olunduğu üzre müstevda'ın mûdi'in talebine karşı îdâ'ı inkâr ile beraber, hal-i inkârında menkûl vedî'anın bulunduğu yerden diğer mahalle nakletmesi ta'addîdir. Zîrâ müstevda'ın inkârı ref'-i akd olarak bununla akd-i vedî'a münfesih olacağından, ondan sonra akd-i cedîd olmaksızın akd-i vedî'a avdet etmez. *(Bahr)*

İnkâr-ı vedî'anın ta'addî olması dört şartla mukayyed ve meşrûttur.

Şart-ı evvel: Mûdi'a karşı inkâr etmelidir. Binâenaleyh mûdi'in gayrisine karşı inkârı ta'addî değildir. Belki hıfz olduğu gibi hal-i cühûdunda bulunduğu mekândan nakl eylemese, yahut vedî'a akār olup da nakli kābil olmasa İmam-ı Azam ile Ebû Yusuf'a göre zamân lâzım olmayıp, fakat İmam Muhammed'e göre zamân lâzım gelir. *(Bahr)*

Meselâ ecnebî bir kimse "Filânın sende şöyle bir vedî'ası var mı?" diye sual eylemesi üzerine müstevda' "Yoktur." dese ta'addî sayılmayıp belki sâ'ilin bir sû-i kasdından vedî'ayı muhâfaza eylemiş addolunur.

Şart-ı sânî: Mûdi', vedî'ayı almak fikriyle taleb eylediğinde inkâr eylemelidir; amma mûdi' müstevda'ın muhâfazasını tezkîr ve teşekkür etmek için vedî'anın halini sorması üzerine müstevda' bende senin vedî'an yoktur demesi, İmam Ebû Yusuf'a göre inkâr ve cühuddan ma'dûd değildir. *(Bahr)* Bu mes'ele 787. madde şerhinde daha ziyâde tafsîl olunur.

Şart-ı sâlis: Müstevda'ın inkârı, sebeb-i şer'îye mebnî olmamalıdır. Binâenaleyh mûdi', vedî'ayı taleb eylediği sırada bir adüvv hazır bulunsa ki, onun yonunda müstevda' vedî'ayı ikrâr eylese, adüvv-i merkūm vedî'ayı cebren almasından havf oluna; bu sırada müstevda' vedî'ayı inkâr etse de ondan sonra vedî'a telef olsa, müstevda' zâmin olmaz. Zîrâ müstevda' bu inkâr ile, hıfz-ı vedî'ayı kasd eyledi. *(Bahr)*

Şart-ı râbi‘: Müstevda‘ ba‘de'l-inkâr vedî‘ayı ihzar etmemelidir. Binâenaleyh müstevda‘ vedî‘ayı inkâr ettikten sonra ihzâr ederek mûdia vermek istediğinde sâhib-i vedî‘a müstevda‘a "Yedinde vedî‘a olmak üzre kalsın." dedikten sonra mezkûr vedî‘a telef olduğunda, mûdi‘ ol sırada vedî‘ayı ahze muktedir olduğu sûretde, müstevda‘ mezkûr vedî‘ayı zâmin olmaz. Zîrâ bu, îdâ-ı cedîd olur. Amma mûdi‘ o sırada vedî‘ayı ahza muktedir değilse, müstevda‘ yine zamândan halâs olamaz. Zîrâ redd ve iâde tamam olmamıştır.

9. Mes'ele: Müstevda‘ vedî‘ayı sârika delâlet etmekle, sârik-ı merkūm ol vedî‘ayı sirkat eylese, müstevda‘a zamân lâzım gelir. Şu kadar var ki, bu vecihle delâletten sonra sârik vedî‘ayı ahz ederken müstevda‘ men‘ ettiği halde, sârik cebren ve kahren alsa, yine zamân lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)*

10. Mes'ele: Vedî‘a hakkındaki muâmelâtın bazıları ta‘addî olup olmamasından örf ve âdet mu‘teberdir. (36. maddeye bak.) Şöyle ki müstevda‘, vedî‘a olan hayvanı örfen ta‘addî addolunacak mahalle bağlayıp, müstevda‘ın gözünden gaybûbet ettikten sonra telef olsa, zâmin olur.

Nitekim bir dükkâncı, nezdindeki vedî‘ayı kapısı açık dükkânda bırakıp, yahut dükkânın kapısına bir ağ gererek terk edip, diğer bir iş için bir yere gittikten sonra vedî‘a zâyi‘ olduğunda, örf ve âdet böyle yâni dükkânda bekçi olmadığı halde derûnunda emtia bulunan dükkân kapısını açık bırakmak âdet olunca, zamân lâzım gelmez. Zîrâ müstevda‘, vedî‘ayı bunda cîrâniyle ve kendi malını muhâfaza ettiği gibi muhâfaza etmiş olup, yoksa cîrâna kasd-ı îdâ‘ etmiş olmaz ki hatta 790. maddeye muhâlif düşsün. Amma âdet böyle olmayınca zâmin olur. Dükkânda hıfza muktedir olmayan bir sabîyi bırakmak, dükkânı hâlî bırakmak gibidir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Kezâlik, müstevda‘ vedî‘ayı bir han odasına koyarak, yalnız kapısını kapamakla iktîfâ etse, yâni anahtar ile kilitlemese de vedî‘a sirkat olunsa, bu gibi mevâzı‘da yalnız kapısını kapamak tevsîk ve hıfz addolunursa zamân lâzım gelmez. Ve eğer iğfâl ve tazyî‘ addolunur ise zamân lâzım gelir.

11. Mes'ele: Vedî‘a olan bakarı, bilâ-izin sahraya salıvermek, ta‘addîden ma‘dûd olmakla, sahrada zâyi‘ olsa veya kurt telef etse, müstevda‘ zâmin olur. Şu kadar var ki, mezkûr hayvan sahrada hatfe enfihi telef olunca, bâzı fukahâ yine zamân lâzım gelir dedikleri halde, diğer bazıları zamân lâzım gelmez demişlerdir.

12. Mes'ele: Vedî‘a olan kuşun kafesini, yahut vedî‘a olan hayvanın bulunduğu ahırın kapısını açmak ta‘addîdir.

Binâenaleyh, müstevda‘ bunları açıp da derûnundaki kuş ve hayvan firar edip de zâyi‘ olsa, zâmin olur. Gerek kapı açılınca derhal firar etsinler ve gerek biraz müddet durduktan sonra firar etsinler.

13. Mes'ele: İkrah-ı gayr-i mülcî üzerine müstevda' vedî'ayı âhar kimesneye verse, ta'addî etmiş olur. Amma ikrah-ı mülcî üzerine vermesi ta'addî değildir. (1007. maddeye bak.)

Binâenaleyh, bir kimesne müstevda'a, "Şu vedî'ayı bana vermezsen seni bir ay habsederim." diye ikrah etmesi üzerine, müstevda' vedî'ayı o kimesneye verse zâmin olur. Amma bir kimesne, "Şu vedî'ayı bana vermez isen seni katlederim veya uzvunu keserim." diye ikrah etmesiyle müstevda' dahi bu vedî'ayı ona verse, ikrah-ı vâki' şerâitini câmi' olunca zamân, müstevda'a lâzım gelmeyip, mücbire lâzım gelir.

Küll-i malın yâni, kadr-ı kîfâye geride kalmayacak sûrette, müstevda'ın malının cem'îsinin itlâfiyle tehdîd dahi bu bâbda ikrah-ı mülcî ve bâzı malın yâni müstevda'a miktar-ı kîfâye mal kalacak sûrette itlâfiyle tehdîdi, ikrah-ı gayr-i mülcî addolunmuştur. Zîrâ küll-i malın itlâfı, telef-i nefse müeddî olur. Amma kūt-ı kîfâye kendisine mal bırakılarak bâkīsinin itlâfiyle tehdîd olunduğunda, bu ikrâh mu'teber değildir. Ancak, kadr-ı kîfâyeden maksûd, kîfâye-i şehr veya yevm-i ömür-i gālib midir? Zâhir olan kîfâye-i şehr veya yevmdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

14. Mes'ele: Vedî'a olan nükūdun berâ-yı hıfz mefâzede defn olunmak ta'addî olduğu gibi, vedî'anın âhara bey' ve teslîm olunması dahi ta'addîdir. Amma yalnız bey' olunup fakat müşteriye teslîm olunmasa ta'addî sayılmaz.

Bu cihetle müstevda', "Vedî'ayı âhara satıp parasını aldım." demesi mûcib-i zamân olmayıp, amma "Âhara bey' ve teslîm ettim." demesi müstelzim-i zamândır. (790. maddeye bak.)

15. Mes'ele: Vedî'a olan hayvana muâlece ettirmek ta'addîdir. Binâenaleyh müstevda', bir şahsa emredip de yedinde bulunan vedî'a hayvana muâlece ettirmesiyle bundan dolayı hayvan telef olsa, müstevda'a zamân lâzım gelir. Nitekim ol şahsa dahi zamân lâzım gelir. Şöyle ki; mûdi' muhayyerdir. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir ki, bu takdirde müstevda' ol şahsa rücû' edemez. Dilerse mu'âlice tazmîn ettirir ki bu takdirde mu'âlic, yâni ol şahıs dahi mezkûr hayvan müstevda'ın mülkü olduğu zannında ise, o da müstevda'a rücû' eder. (658. madde şerhine bak.)

16. Mes'ele: Müstevda', "Vedî'ayı bir mekânda vaz' etmişidim. Lâkin nerede vaz' ettiğimi bilemem, unuttum." dese zâmin olacağı gibi, müstevda' "Vedî'a olan akçeyi cebime koydum zanniyle yere düşürdüm, zâyi' oldu." dese, zâmin olur.

17. Mes'ele: Müstevda' vedî'ayı yanına koyup, yaslanıp uyumakla sirkat olunsa zâmin olur. Meğer ki bu, hal seferde vukū' bula; ol halde zâmin olmaz. Amma yaslanmayarak oturduğu yerde uyuklasa da zâyi' olsa zâmin olmaz.

18. Mes'ele: Müstevda' soyunup, vedî'ayı elbisesiyle deniz kenarında bırakıp denize girmekle, suya daldığında, yâni vedî'a gözünden gaybûbet ettiğinde çalınsa zâmin olacağı gibi, orada unutsa da zâyi' olsa zâmin olur.

780. MADDE

[**Müstevda‘**] mutlak olarak îdâ‘ olunan, yâni 784. madde vechile takyîd olunmayan [**vedî‘ayı kendi malı gibi**] yâni kendi malını bizzat veya emîni ile hıfz ettiği gibi, vedî‘ayı dahi [**bizzat hıfz eder. Yahut emîni olan**] yâni kendisinin malını inanabileceği ve hıfza muktedir ehil bir [**kimseye hıfz ettirir.**] Amma emînine vermekten mûdi‘ nehyetmiş ise bakılır: Ona vermekte mecbûriyyet var ise nehyi mu‘teber olmayıp yine verilir. Zira ıztırâr, memnû‘ olan şeyleri mübah kılar. Ve mecbûriyyet yok ise, nehyi mu‘teber olup vermez. (784. maddeye bak.) Bu emîn dahi bizzat hıfzedeceği gibi, emînine dahi hıfz ettirebilir. *(Bahr)*

Şu "yahut" fıkrası, "bizzat" kelâmına ma‘tuftur. Yâni müstevda‘ kendi malını bizzat hıfz edebileceği ve emînine hıfz ettirebileceği gibi, vedî‘ayı dahi bizzat hıfz eder, yahut emînine hıfz ettirir. Yâni müstevda‘ üzerine ber-vech-i mezkûr vedî‘ayı hıfz eylemesi lâzım gelir. Bu vecihle muhafaza etmekte iken zâyi‘ olsa, müstevda‘ mes'ûl ve zâmin olmaz. Zîra, müstevda‘ kendi malını hıfz eylediği gibi, vedî‘ayı hıfz eylemiş ve vedî‘ayı kendi malı gibi kılmış olmakla, müstevda‘ üzerine bundan ziyâde şey vâcib olmaz.

Amma bilâ-özr terk-i hıfz zamânı îcâb eder. Lâkin bi-özrin olan terk-i hıfz yine zamânı îcâb etmez. Şöyle ki bir kimse emti‘a-i ma‘lûmesiyle yüklü hımarını, bir mahalle katırlarıyla gitmek üzre bulunan katırcıya teslîm edip, mahall-i mezkûrde filana götürmesini emretmekle, götürmekte iken esnâ-yı tarîkda kendi katırı düşmekle onunla meşgul iken vedî‘a olan hımar gidip zâyi‘ olsa, mezkûr hımarın arkası sıra gittiği takdirde kendi katırı ve emvâli zâyi‘ olacağı ma‘lûm olduğu takdirde, mezkûr hımar ve metâın zamânı lâzım gelmez. Nitekim icârede dahi hüküm böyle olduğu 609. maddede ve şerhinde zikrolundu.

Mecelle'de "Emîni olan kimseye hıfz ettirir." denilmesinden müstebân olur ki emîn-i merkūma berâ-yı hıfz i‘tâ edebilib, yoksa emîn-i merkūm vedî‘ayı nefsine sarf etmek için taleb ittiği halde, müstevda‘ dahi verse, müstevda‘-ı merkūm zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Müstevda‘ hıfz için bilâ-mukāvele ücret alabilir mi?

Müstevda‘ bu hıfz mukābilinde mûdi'den ücret taleb edemez. Meğer ki mukāvele oluna. Zîra, gayr için emânneten âmil olan için ücret yoktur. Meğer ki vasî ve nâzır ola. *(Redd-i muhtâr)*

[**Ve**] vedî‘a yed-i müstevda‘da bilâ-ta‘add velâ taksîr telef veya zâyi‘ olduğu takdirde 777. maddede beyan olunduğu vechile kendisine zamân lâzım gelmediği gibi [**emîni indinde ta‘addî ve taksîri olmaksızın**] vedî‘a [**telef veya zâyi‘ olsa**] 91. maddeye mebnî [**gerek müstevda‘a ve**] 777. maddeye mabnî [**gerek emînine zamân lâzım gelmez.**] Amma emîn-i merkūm indinde ta‘addî ve taksîrinden dolayı telef veya zâyi‘ olduğunda, emîn-i merkūma zamân lâzım gelir. Yoksa bundan nâşî müstevda‘a zamân lâzım gelmez.

Meselâ, bir çamaşırcı, elbiseyi yıkayıp dükkânda asarak berâ-yı hıfz, dükkânında ibni ehını, yâni birâder-zâdesini bırakıp gittikten sonra, birâder-zâdesi dükkânın bodrumuna girdiği sırada elbise dükkândan sirkat olunduğunda, birâder-zâdesi eğer çamaşırcının çırağı ve ecîri ve bâliğ veya sabî-i me'zûn ise bakılır; bodrumdan dükkândaki elbise görünüyor halde ise, çamaşırcıya da, ibni ehına da zamân lâzım gelmez. Çamaşırcıya zamân lâzım gelmemesi, onu iyâlinden olan emîni ile "*Mecelle*'nin ihtiyar ettiği kavle göre ale'l-ıtlak emîni ile" muhafaza ettiğine mebnî olduğu gibi, ibni ehına da zamân lâzım gelmemesi, girdiği yerden elbiseyi görmekte olduğu cihetle hıfzı terk etmediğinden nâşîdir. Ve eğer girdiği yerden elbise görünmez ise, o halde yalnız kardeşinin oğluna zamân lâzım gelir. Zîra vâcib olan hıfzı terk etmiştir. Amma çamaşırcıya zamân lâzım gelmez. Zîra sabî-i mahcûr istihlâk ve tazyî'-i vedî'a ile muâhaze edilmez. *(Câmi'-i Ahkâmi's-Sığâr)* Nitekim 776. madde şerhinde îzah olundu.

Emînde ihtilâf-ı fukahâ ve Mecelle'nin ihtiyar ettiği kavil:

Bu emîn, müstevda'ın ıyâlinden olması şart mıdır? Bunda ihtilâf-ı fukahâ vâki' olup; bâzı fukahâ, bu emînin, müstevda'ın ıyâlinden olması veya ıyâli menzilinde bulunması şart olduğuna kāil olmuşlardır.

Iyâle misâl: Müstevda', vedî'ayı ıyâlinde bulunan emîn ve bâliğ veya sabî-i me'zûn oğluna hıfz ettirebilip, binâberîn müstevda' vedî'ayı kendi ıyâlinde bulunan ve el-hâletü hâzihî gāib ani'l-beled olan oğluna berâ-yı hıfz i'tâ ve oğlu dahi hazır bulunan şu şahsa teslîm eylediğini iddiâ ettiğinde, ibn-i merkūma verdiği hakkında söz, yemîniyle müstevda'ın olur. Ve gûyâ müstevda' ibn-i merkūm kılınarak vedî'a ibn-i merkūmdan sual edilir de hükm-i şer'î ibn-i merkūm hakkında icrâ olunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Bahr)*

Bu sûretde müstevda' vedî'ayı ıyâlinden bulunan şu emîni oğluna verdiğini iddiâ ettiği halde, oğlu inkâr ettikden sonra vefat edip baba ona vâris olsa, vedî'a ibnin terekesinden tazmîn edilir.

Iyâli menziline misâl: Bir kimse hânesinin bir odasını diğer kimesneye îcâr edip, vedî'ayı bu müste'cire teslîm ettiğinde bakılır; eğer mûcir ile müste'cirin ayrı ayrı kilitleri olmayıp, her biri diğerin ikāmet-gâhına bilâ-men' dâhil oluyor ise zamân lâzım gelmez. Zîra bu müste'cir müstevda'ın ıyâli menzilindedir. Ve eğer her birinin ayrı ayrı kilitleri var ise müstevda'a zamân lâzım gelir. Zîra bu müste'cir müstevda'ın ıyâlinden olmadığı gibi ıyâli menzilinde dahi değildir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Şu kavl-i fukahâya göre müstevda', ıyâlinde olmayan bir kimseye vedî'ayı verse, bu kimse müstevda'ın emîni olsa bile, vedî'a telef olunca müstevda' zâmin olur.

Iyâlin tarifi için 722. madde şerhine mürâca'at oluna. Diğer bâzı fukahâya göre müstevda' vedî'ayı emîni olan bir kimseye hıfz ettirdiğinde bu emîn müstevda'ın iyâlinden olmasa

bile şu hıfz câiz olur ki kavl-i mezkûre göre müstevdaʿ vedîʿayı emîni olan vekîline ve ve mufâvazaten veya ınânen şerîkine, el-hâsıl kendisinin malının muhafazasını inanabileceği bir şahsa hıfz ettirebilir. Velev ki meselâ vekîl ıyalinde bulunmaya. Zira bu vecihle hıfz, müstevdaʿın kendi malını hıfz etmesi gibi olup, müstevdaʿ üzerine bundan ziyâdesi vâcib ve lâzım olmaz. Fetvâ bu kavil üzre olduğu gibi "*Ali Efendi*" nam fetavâda dahi bu vech üzre iftâ edilmekle *Mecelle*'deki emîn lafzı ale'l-ıtlak yazılmasından bu kavil ihtiyar edildiği anlaşılacağı gibi 874. maddede "yahut kendi malını hıfz edegelen kimseye" ibâresinden ve kezâ 722. maddesinde "Rehni, mürtehin bizzat hıfz eder yahut iyâli veya şerîki veya hizmetçisi gibi emîni olan kimseye hıfz ettirir." denilmesinden kavl-i mezkûr ihtiyar olunduğu müstebân olur. Zira her fiʿil ki ondan dolayı mürtehine zamân lâzım gelir; mezkûr fiʿil sebebiyle müstevdaʿa dahi zamân lâzım gelir. Amma her fiʿil ki o fiʿil sebebiyle mürtehine zamân lâzım gelmez; mezkûr fiʿilden nâşî müstevdaʿa dahi zamân lâzım gelmez. Şu kadar ki vedîʿa telef olsa mazmûn olmaz. *(Zeylaî ve Redd-i muhtâr)* Amma merhûn, yed-i mürtehinde telef olsa zamân bi-gayrihi lâzım gelir.

Emîni olmayana hıfz ettirilmek: Salifü'z-zikr iki kavle göre dahi müstevdaʿ vedîʿayı iyâline hıfz ettirmesinde, ol iyâlin emîn olması şarttır ki *Mecelle* dahi emîn lafzıyla buna işaret eylemiştir. Binâenaleyh emîn olmayan kimse müstevdaʿın iyâlinden bile olsa, buna vedîʿa hıfz ettirilmek câiz olmaz.

Emînde ahval-i selase: El-hâsıl, emînde üç hal vardır.

> 1- Müstevdaʿ, îdâʿ ettiği kimesnenin emîn olduğunu bilir. 2- Yahut halini asla bilmez. 3- Yahut gayr-i emîn olduğunu bilir. Sûret-i ûlâda îdâʿ olunabilip amma sûret-i selâsede îdâʿ olunamaz. Sûret-i sâniyeye gelince buna dahi îdâʿ olunabilip binâenaleyh, müstevdaʿa zamân lâzım gelmez. *(Tahâavî ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu sûretde bir kimse vedîʿayı diğer mahallede sâkine bulunan emîne zevcesine hıfz ettirebilir ise de, emîne olmayan zevcesine hıfz ettiremez.

Nitekim kavl-i saniye göre mufâvezaten şerîkine dahi hıfz ettirebilip fakat bu şerîkin emîn olması şart olmakla emîn değilse hıfz ettiremez. Hatta ettirirse de baʿde'l-müfâraka vedîʿa velev bilâ-taʿadd yed-i şerîkte telef olsa, müstevdaʿ zâmin olur. Buradaki baʿde'l-müfâraka kaydının fâidesi 790. madde şerhinden anlaşılacağından oraya müracaat oluna.

Emîndeki iki kavil beynindeki fark: Takrir-i meşrûhtan müstebân olur ki mârru'z-zikr iki kavil beyninde umûm ve husûs mutlak olup, kavl-i evvel ehass-ı mutlak ve kavl-i sânî eamm-ı mutlak olarak her ne vakit kavl-i evvelce müstevdaʿın başkasına îdâʿ edebilmesi ve hıfz ettirmesi sahîh ola, kavl-i sânîce dahi sahîh olur.

Gayr-i emîne hıfz ettirilmekteki hüküm müstevdaʿ emîni olmayan bir kimseye vedîʿayı hıfz ettirip de ol kimse yedinde vedîʿa telef olsa mûdiʿ muhayyerdir. Dilerse müstevdaʿa

ve dilerse ol kimseye tazmîn ettirir. (790. maddeye bak.) Ancak 783. madde şerhinde îzah olunacağı üzre İmam-ı A'zama göre o kimse yedinde vedî'a, bilâ-ta'add velâ taksîr telefi takdirinde ol kimseye zamân lâzım gelmemelidir. Amma müstevda'-ı evvele her halde zamân lâzım gelir.

Emîne hıfz ettirilmesi ile gayra îdâ' arasındaki fark: Bu fıkra vechile müstevda' vedî'ayı emînine hıfz ettirdiğinde ona îdâ' etmiş olur. Halbuki 790. maddede müstevda' vedî'ayı âhara îdâ' edemeyeceği musarrahtır. Binâenaleyh, şu iki madde beyninde tenâfî hâsıl olur. Cevâben denilir ki; mârru'z-zikr 790. madde bu madde ile mukayyed bulunmuştur. Yâni müstevda' vedî'ayı ahara yâni emîni olmayana îdâ' edemez demektir. *(Dürr-i Müntekā ve Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Ali Efendi)*

781. MADDE

[**Müstevda' kendi**] sinin vedî'aya mümâsil olan [**malını nerede hıfz ederse vedî'ayı dahi orada hıfz edebilir.**]

Mekân-ı hıfz: "Nerede hıfz ederse" ta'birinden müstebân olur ki mahall-i hıfz me'cûr ve müste'âr dahi olabilir. Bu cihetle müstevda' vedî'ayı kendi mülkü olan hânesinde ve odasında ve dükkânında hıfz edebileceği gibi, vedî'anın hıfzı için bir mahall-i muayyeni istîcâr veya isti'âre edip de orada dahi hıfz edebilir. Velev ki müstevda'ın kendi malı orada bulunmaya.

Nitekim müstevda' vedî'a olan akçeyi cebine koyabilir. Hatta cebine koyup da meclis-i feseka hazır bulunmakla orada sirkat olunsa veya başka sûretle zâyi' olsa zamân lâzım gelmez. Zira müstevda' kendi malını istîcâr ve isti'âre ettiği mahalde ve parasını cebinde hıfz edeceği gibi vedî'ayı dahi ol vechile hıfz edebilir. Şu kadar ki müstevda' sarhoş ve zâilü'l-akl olup da, mezkûr akçe zâyi' olduğu sûretde bâzı fukahâ zamân lâzım geleceğine kāil olmuştur.

Amma şahs-ı âharın malını muhafaza ettiği mahalde müstevda' vedî'ayı muhafaza edemez. Şöyle ki müstevda'ın vedî'aya mümâsil olmayan malını hıfz ettiği mahalde vedî'ayı hıfz edemeyeceği madde-i âtiyede muharrer olduğu gibi, müstevda' kendi malı bulunmayan "bir şahs-ı âharın kendi malını muhafaza etmekte olduğu" mahalde vedî'ayı hıfz edemez. Zîra mahall-i mezkûr müstevda' yedinde bulunmayıp, şahs-ı merkūm elinde bulunmaktan nâşi ol mahalle vaz' eylemesi vedî'ayı gayra yâni emîni olmayan şahsa teslîm demek olup, bu ise 790. madde hükmünce zamânı müstelzimdir. *(Bahr)*

Bu maddede vedî'anın mahall-i hıfzı beyan olunuyor.

Vedî'anın mahall-i hıfzı muhâfazalı bir yer olması şarttır.

Hatta bir kimse vedî'ayı bir hânede bıraksa ki, onun etrafı açık olup duvarla muhât olmadığı gibi, odalarının dahi kapısı gayr-ı mevcûd iken ve kendisi mezkûr hâneden çıkıp bir mahalle gitse de orada zâyi' olmaz.[2]

Vedî'ayı sefere götürmek: Müstevda' sefere yâni yakın veya uzak bir yere gidecek olduğunda, yol emîn olunca, İmam-ı A'zam'a göre vedî'ayı beraber götürebilir. Vedî'a, gerek haml ve meûnete muhtâc olsun, gerek olmasın. *(Bahr)* Nitekim, 779. madde şerhinde ifade olunmuş idi. Zîra emir, bi'l-hıfz mûdi'den mutlak olarak sâdır olup, binâenaleyh zeman ile takayyüd etmeyeceği gibi, mekân ile de takayyüd eylemez. (64. maddeye bak.) Bu halde vedî'a telef olsa zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.)

Haml ve meûnete muhtâc olan şey şol şeydir ki, onun hamlinde yâni naklinde zahra yahut ücret-i hammaliyeye muhtâc olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Ve meûnet-i redd mûdi'a aid olup, mesâfe-i seferden redd ve iâde meûneti ziyâde olacağından, sefere götürmek mûdi'a zarardır denilmez. Zîra bu meûnet mûdi'in emrinin sıhhatinin levâzım-ı zarûriyyesindendir.

Fakat müstevda' vedî'ayı bu vecihle sefere götürdükde, meûnet-i hamle ihtiyac var ise meûnet-i mezkûre, mûdi'a mı yoksa müstevda'a mı âid olur? *(Tahtavî)* Le'alle mûdi'a âiddir. Zîra menfa'at-i hıfz mûdi'a râci'dir. (88. maddeye bak.) Lâkin müstevda' bilâ-emr mezkûr masrafı ihtiyar ederse müteberri' olup, sonra mûdi'a rücû' edemez. *(Şarih)*

Amma yol emîn değil ise, bu takdirde bakılır; mecbûriyyet üzerine sefere gidiyor ise, yine götürebilip, amma sefere gitmekde mecbûriyyet olmayınca, bu halde ehliyle beraber sefere gidiyor ise zâmin olmaz. Ve eğer yalnız başına gidiyor ise zâmin olur. *(Bahr)*

Vedî'ayı sefer-i bahriyeye götürmek: Muhâtaralı seferden biri de sefer-i bahrîdir ki, onda telef ve helak gālib olduğunu, sahib-i Bahr zikreylemiştir. Ancak zemanımızda vapurlar ile emvâl-i ticâriyyenin nakli müteâref olup, gâlib-i ahvâl selâmet olmakla layık olan sefer-i bahrî ile sefer-i berrî arasında fark olmayıp müstevda' vedî'ayı berren sefere götürebileceği gibi, bahren dahi götürebilir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mütekaddimîn fukahâ zemanında, vapurlar gayr-i mevcûd ve sefer-i bahrî yelken gemileri vâsıtasiyle icrâ edilmekte idi; binâenaleyh sefer-i bahrîyi muhâtaralı ve gālib-i hali helâke mukārin addederlerdi. Amma el-hâletü hâzihi şedîd fırtınalara mukāvemet edecek süfün-i cesîme mevcûd olmakla, bunlar ile seferde muhâtara yoktur. Bu sûretde müstevda' vedî'ayı yelken sefinesiyle naklederse, "*Sahib-i Bahr*'ın dediği gibi" muhâtaralı, amma vapurla naklederse selâmetli addolunmalıdır. *(Şarih)*

2 وقد سئلت عن خياطة فى دار بهذه الصفة خرجت منها هى وزوجها ليلا لعرس جارتها فسرقت اثوابها منها فافتيت بالضمان والحالة هذه لان مثل ذلك يعد تضييعا تأمل, تكملة رد محتار.

Mûdi‘, mekân-ı hıfzı ta‘yîn veya seferden nehyeylemiş ise, müstevda‘ vedî‘ayı sefere götüremez. Yâni mûdi‘ vedî‘a için mekân-ı hıfz tâyin eylemiş ise, müstevda‘ vedî‘ayı sefere götüremeyeceği gibi, vedî‘ayı sefere götürmekten mûdi‘ nehy eylemiş ise yine götüremez. Nitekim vedî‘anın hıfzı mukābilinde ücret şart olunmuş ise yine götüremez. Zîra ücretle istihfâz akd-i muâvaza olmakla, mekân-ı akitde teslîm edilmek lâzım gelir. *(Kutlubuğâ fi'l-vedî‘a ve fîhi tafsîlü'l-mes'ele)*

782. MADDE

Vedî‘anın ihtilâfıyla mahall-i hıfz dahi muhtelif olur. Zîra [**vedî‘anın emsali vechile muhâfazası**] müstevda‘ üzerine [**lâzımdır**] yâni her vedî‘a hırz mislinde muhâfazası lâzım olup, bir nev‘ vedî‘aya hırz yâni mahall-i hıfz olan diğer nev‘ vedî‘aya hırz olamaz.

Bu sûretde müstevda‘, vedî‘ayı bir mahalle vaz‘ ve hıfz eylese ki, o gibi vedî‘a o mahalde hıfz edilmez, Şu vaz‘ ve hıfz taksîrdir.

Vedî‘adaki hırz ile sirkatteki hırz beyninde fark: Amma sirkatte böyle olmayıp bir nev‘ mala hırz olan, diğer nev‘ mala dahi hırz olup binâenaleyh nükūd ve mücevherât gibi gāliyetü's-semen olan emvâli ahırdan sirkat eden kimse üzerine had lâzım gelir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Hırz mislî olmayanda hıfz edilmekteki hüküm ile ona müteferri‘ bâzı mesâil:

Evvelen: [**Binâenaleyh**] vedî‘a olan hayvan ahırda hıfz olunabilip onda zâyi‘ olsa zamân lâzım gelmez iken [**nükūd ve mücevherât**] ve gāliyetü's-semen boğça şal [**misillü emvâli, ahır ve samanlık**] ve bağçe ve arsa [**gibi yerlerde tutmak hıfzda taksir olmakla, bu halde**] yâni emvâl-i mezkûre o gibi yerlerde tutulup da [**telef veya zâyi‘ olsa zamân lâzım gelir.**]

Sâniyen: Müstevda‘ birçok kimselerin girip çıkmakta oldukları hânesine vedî‘ayı koysa bakılır. Ol vedî‘a ol kimselerin girip çıkmakta oldukları ol hânede muhâfaza olunur şey ise müstevda‘a zamân lâzım gelmez; değil ise zamân lâzım gelir.

Sâlisen: Vedî‘ayı bir hâneye koyup kapısını açık bıraksa da hânede kimesne bulunmamakla zâyi‘ olsa zâmin olur.

Râbi‘an: Müstevda‘ vedî‘ayı hamamda veya tarîkda veya mescidde bıraksa da kendisi gāib olup vedî‘a zâyi‘ olsa zâmin olur. Zîra bu takdirde müstevda‘ hıfzda taksir etmiş olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Hindiyye)*

Hâmisen: Vedî‘a farenin gezdiği mahalle konmakla fare vedî‘ayı ifsâd etse bakılır. Müstevda‘ mahall-i mezkûrde farenin girmekte olduğunu mûdi‘a bildirip de, onun emir ve izniyle koymuş ise zamân lâzım gelmez. Ve eğer müstevda‘, farelerin gezdiğini bildiği halde

mûdi'a ihbar etmediği gibi, kendisi dahi delikleri sed etmediği cihetle, fare vedî'ayı ifsâd etse müstevda'a zamân lâzım gelir.

Müstevda' vedî'ayı emsâli vechile muhâfaza ederken zâyi' olduğunda hüküm:

Amma müstevda' vedî'ayı emsâli vechile muhâfaza etmekte iken zâyi' olsa 777. maddeye mebni müstevda'a zamân lâzım gelmeyeceği gibi, 1774. madde hükmünce bu bâbdaki kavli dahi maal-yemîn kabul olunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

783. MADDE

Vedî'a birden ziyâde kimselere dahi îdâ' olunabilir. Bu sûretde [**Müstevda' müte'addid**] yâni iki veya ziyâde [**oldukda eğer vedî'a kābil-i kısmet değilse**] yâni asla taksîmi mümkün değilse -vedî'a bir hayvan olmak gibi- yahut kābil-i taksîm ise de taksîm olunduğu sûretde ayıblanacak olur ise, -vedî'a bir roba olmak gibi- müstevda'lardan [**birinin izniyle diğeri hıfz eder.**] Zîra mûdi' müteaddid müstevda'ların gece ve gündüz hıfzda ictimâ' etmeyeceklerini bildiği halde böyle kābil-i kısmet olmayan bir malı bu vechile birden ziyâde kimselere îdâ' ettiğinde, her birinin sübûtu yedine râzı olmuş olur. (772. maddeye bak.) Bu cihetle şu hüküm 790. maddeye münâfî düşmez. Çünkü mezkûr madde şerhinde beyan olunacağı üzre orada bilâ-izin kaydı mu'teber olup, burada ise delaleten izin mevcuttur.

[**Yahut bi'l-münâvebe**] yâni muhâye'e tarikıyla [**hıfz ederler**] ki bu muhâye'e min haysü'z-zeman hıfzda muhâye'e olur. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İki fıkra beynindeki fark:

Bu fıkranın fıkra-i ûlâya "yahut" ibâresi ile atfedildiğine nazaran, iki fıkra arasında fark vardır. Zahir-i fark şudur: Müstevda' meselâ iki kimse olduğunda bu fıkra-i ûlâ vechile biri diğerinin izniyle dâimi sûretde hıfz edebilir. Yâni fıkra-i ûlâda beyan olunan dâimi sûretde hıfzdır. Vâkı'â "Hamevî" bu sûretin cevâzında beyan-ı iştibah ederek diyor ki, kābil-i kısmet olmayan malda müstevda'lar muhâye'e tarîkıyla hıfza karar verip, biri kendi nevbetinden ziyâde müddet vedî'ayı diğeri nezdinde bıraksa, bunun hükmü nazar ve teemmüle mütevakkıftır. İntehâ. Lâkin *Mecelle* bu sûreti tecvîz etmiş demek olur.

[**Bu halde**] yâni sûret-i ûlâda birinin izniyle diğeri dâimi sûretde hıfz ettiği ve sûret-i sâniyede bi'l-münâvebe hıfz ettikleri halde, [**vedî'a bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa birine**] alana da verene de [**zamân lâzım gelmez.**] (91. maddeye bak.) Amma ta'addî veya taksîr ile telef olduğunda 787. madde mûcibince ta'addî veya taksîr eden zâmin olup diğerine nesne lâzım gelmez. Şu fıkranın hükmünde eimme-i Hânefiyye müttefikdir.

[**Ve eğer vedî'a**] derâhim ve denânîr ve sâir misliyyât gibi [**kābil-i kısmet ise müstevda'lar onu beynlerinde seviyyen taksîm ile her biri**] kendisine isabet eden [**hissesini hıfz eder.**] Yâni meselâ mûdi' otuz altınını iki kişiye îdâ' ettiğinde her biri on beşer altını ve üç kişiye îdâ' edildiğinde her biri onar altını hıfz ederler.

[**Ve birisi**] tekmîl [**hissesini**] yahut hissesinin birâzını [**mûdi'in izni olmadıkça müstevda'ı âhara veremez.**] Zîra mâlik, bu gibi kābil-i kısmet vedî'ayı müteaddid kimselere îdâ' edince müteaddidin hıfzına râzı olup, yoksa yalnız bazısının hıfzına râzı olmamıştır; ve meselâ ikisinin hıfzına rızâsı birisinin hıfzına rızâsını istilzam eylemez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu mes'ele, İmam-ı A'zam mezhebi olup, imam-ı müşârunileyh şu mes'ele ile emsâli hakkında şu kaâideyi zikreylemiştir. "Meselâ iki kişinin fi'ili tecezziye kābil bulunan bir şeye muzâf kılındığında ba'za tenâvül eder. Yoksa külle tenâvül etmez. Ve bina berîn biri diğerine teslîm ettiğinde buna mal sahibinin rızâsı olmayacağından, zâmin olur."

Şu kaâide âtî'z-zikr mesâilde dahi cârîdir. Şöyle ki müteaddid mürtehin ve vekîl bi'ş-şira ve rehinde adl olanlar ve vasîler ve müstebzı'larda dahi hüküm böyledir. Yâni bunlardan biri yâni meselâ müteaddid mürtehinlerden biri kendi hissesini diğer mürtehine teslîm etse de onun yedinde telef olsa zamân-ı gasb ile zâmin olur. Nitekim 720. madde şerhinde beyan olunmuş idi.

Amma İmâmeyn rahimehümâ'llahü Te'âlâ'ya göre vedî'a, gerek kābil-i kısmet olsun ve gerek olmasın, birisi diğerin izniyle hıfz edebilir. Zîra mûdi' onların emânetiyle râzı olmuştur. *(Bahr)*

Bu fıkrada "izni olmadıkça" denildi. Zîra mûdi'in izn-i sâbıkıyla müstevda'ın îdâ'ı câiz olduğu gibi izn-i lâhıkıyla dahi îdâ'ı câizdir. Nitekim, 790. madde şerhiyle 791. maddede beyan olunur.

Ve müstevda'lardan birisi vedî'adan tekmil veya ba'zı hissesini mûdi'in izni olmaksızın müstevda'-i âhara [**verip de âharın yedinde iken bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa**] kābıza yâni [**alana**] ol hissenin [**zamân**] ı [**lâzım gelmez.**] Zîra İmam-ı A'zam'a göre alan müstevda'i'l-müstevda' olup, müstevda'i'l-müstevda'a ise zamân lâzım gelmez. (777. maddeye bak.) *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)* [**Amma veren, kendi hissesini zâmin olur.**] (790. maddeye bak.)

Meselâ ânifen şerhan zikrolunan birinci misâlde, veren on beş altın ve ikinci misâlde on altın zâmin olup, amma alan üzerine asla zamân yoktur.

Şerhan "ol hissenin", denildi. Zîra şu maddede maksûdun-bizzat odur. Amma diğer hissenin adem-i zamânı 777. maddeye mebnîdir.

784. MADDE

[**Akd-i îdâ'da**] yâni akd-i îdâ' esnasında yahut ba'de akdi'l-îdâ', mûdi' tarafından [**îrad**] olunup da müstevda' tarafından kabul [**olunan şart eğer**] hem [**mümkinü'l-icrâ**] yâni ol şartın îfâ ve icrâsı kābil [**ve**] hem de [**müfîd**] yâni mûdi'a nâfi' [**olur ise mu'teberdir.**] Binâenaleyh müstevda'ın ol şarta riâyet etmesi lâzım gelir. Hatta riâyet etmeyip de vedî'a telef veya kıymetine noksan târî olur ise zâmin olur. (787. maddeye bak.) Eğer mümkinü'l-icrâ ve müfîd [**değil ise lağvdir.**] Binâenaleyh, müstevda'ın ol şarta riâyet etmesi lâzım gelmeyip bundan dolayı vedî'a telef veya zâyi' olsa zâmin olmaz. (83. madde şerhine bak.)

Şu madde tahlîl olunduğunda ahkâm-ı erbaa hâsıl olur. Çünkü müsbet tarafında iki ve menfî cihetinde dahi iki hüküm vardır.

Hükm-i evvel: Akd-i îdâ'da îrad olunan şart mümkinü'l-icrâ ise mu'teberdir.

Hükm-i sânî: Akd-i îdâ'da îrad olunan şart müfîd olur ise mu'teberdir.

Hükm-i sâlis: Akd-i îdâ'da îrad olunan şart mümkinü'l-icrâ değilse lağvdır. Velev ki müfîd ola.

Hükm-i râbi': Akd-i îdâ'da îrad olunan şart müfid değilse lağvdir.Velev ki mümkinü'l-icrâ ola.

İşbu ahkâm-ı erbaanın her biri âtî misâller ile, neşr alâ gayr-i tertîbi'l-lef olarak îzah olunmuştur.

[**Meselâ müstevda'ın hânesinde hıfz olunmak şartıyla bir mal îdâ' olunmuş iken harîk vukū'iyle**] fakat bu harîk, müstevda'ın hânesini muhît harîk-ı gālib olması şart olup, amma harîk-i mezkûr müstevda'ın menzilini muhît değil ise, bu takdirde vedî'anın muhterik olmasından havf olunmayacağı cihetle ecnebîye teslîm etmesi ile müstevda'a zamân lâzım gelir. Ol malın [**diğer mahalle nakline mecbûriyyet geldikde**] şart müfîd olmamakla ol [**şarta i'tibar olunmaz.**] Hatta müstevda' bu halde vedî'ayı âhar yere nakliyle harîkten kurtarmağa muktedir olduğu halde kurtarmasa, zâmin olacağı 787. maddede musarrahtır.

[**Bu sûretde vedî'a diğer mahalle nakl olunup da**] orada [**bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi'olsa, zamân lâzım gelmez.**] (91. maddeye bak.)

Bu misâl hükm-i râbi'in misâlidir.

Fi'l-hakīka bu sûretde müstevda' şart-ı mezkûre riâyet etmesi mümkün ise de, riâyet ederek vedî'ayı âhar yere nakl etmemesi mûdi' hakkında müfid olmayıp vedî'anın muhterik olması cihetiyle muzırr olur. Lâkin müstevda' vedî'ayı âhar yere nakledip de orada telef

olması üzerine bu gibi mecbûriyyeti iddâ ve mûdi' inkâr ettiğinde müstevda' bilâ-beyyine tasdik olunamaz. Zîra bu vechile âhar yere naklolunmak, haddizâtında mucib-i zamân olup zarûreti dava etmek ba'de vücudi's-sebeb muskıt-ı zamânı dava olarak bilâ-beyyine tasdik olunamaz. Şu kadar var ki müstevda', hânesinde harîk vukū'undan dolayı mahall-i âhara nakletmek mecbûriyyetinde bulunduğunu iddiâ ettiğinde, hakīkaten hânesinde harîkın vukū'u mâlûm ise müstevda' yemîniyle tasdik olunur.

Hûlâsa-i kelâm, müstevda'ın hânesinde harîkın vukū'u bi'l-beyyine sabit olduğunda, vedî'anın muhterik olmak havfinden nâşi âhara verdiğini isbata hacet kalmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Bahr)* [**Mûdi' müstevda'a vedî'anın**] bi-nefsihi ve bizzat [**hıfzını emir ve şart edip de zevcesine veya oğluna yahut hizmetkârına yahut kendi**] yâni müstevda'ın [**malını hıfz edegelen**] ve 780. madde ve şerhinde mezkûr olduğu üzre vekîli ve mufâvazaten şerîki gibi ecnebi olan [**bir kimseye vermekten nehyettikde, ol kimseye vermekte mecbûriyyet**] ve ihtiyac [**var ise**] bu nehy ve şart mümkinü'l-icrâ olmamakla, [**nehy**] ve şartı [**mu'teber olmaz.**]

Sual: Mûdi' tarafından vedî'anın hıfzı müstevda' üzerine şart edilmesi emr-i lâzım olmayıp 777. Madde şerhinde zikrolunduğu üzre akd-i vedî'a ile müstevda' üzerine hıfz lâzım gelir. Bu halde bu fıkrada "emir ve şart edip de" denilmeğe lüzum yoktur?

Cevab: Maksûd şerhan zikrolunduğu üzre bi-nefsihi yâni "bizzat hıfzını şart edip de" demektir.

Ol kimseye vermeğe mecbûriyyet ne zeman hâsıl olur?

Ol kimseye vermeğe mecbûriyyet şol zemanda olur ki, vedî'a ol kimsenin yediyle muhâfaza edilir şeylerden bulunur. Vedî'a mücevherâttan olup da zevcesine vermekten veya at olup da seyisine i'tâdan nehy gibi.

[**Bu sûretde müstevda' vedî'ayı ol kimseye**] fakat ol kimsenin emîn olması şarttır [**verip de**] yedinde [**bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi'**] yahut kıymetine noksan târî [**olsa zamân lâzım gelmez.**] Zîra bu sûretde mûdi'in şartına mürâ'ât ile beraber hıfzı gayr-i mümkün olmakla şart-ı mezkûr müfid değildir. *(Bahr)* Zahir olan mümkinü'l-icrâ değildir, demektir. *(Şarih)*

Meselâ bir kimse diğer şahsa bir hayvanı îdâ' ettiği halde hâdimine vermekten nehyettiğinde, o şahıs mezkûr hayvanı bi'l-mecbûriyyet hâdimine verse, yâni müstevda'ın ondan başka vedî'ayı hıfz ettirecek emîn kimesnesi bulunmamakla ona vermeğe mecbûr olsa da yedinde zâyi' olsa, zâmin olmaz. Amma ondan başka vedî'ayı hıfz ettirecek emîn hâdimi var iken ona verip de telef olsa zâmin olur.

Keza mûdi', vedî'a olan akd-i cevherin müstevda'ın zevcesi filaneye vermekten nehyettiğinde, müstevda'ın mezkûr vedî'ayı muhâfaza edecek diğer emîne, meselâ bir zevcesi daha var ise nehyi mu'teberdir; yok ise mu'teber değildir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Zeyla'i ve Bahr)*

Vedî'anın kendisine i'tâdan nehyedilen kimsede iki ihtimal vardır:

İhtimal-i evvel: Ol vedî'anın ol kimse ile muhâfaza olunacak şey olmasıdır. Vedî'a cevher olup da zevcesine veya vedî'a feres olup da seyisine vermekten nehy gibi.

İhtimal-i sânî: Ol vedî'a ol kimse ile muhâfaza olunmayacak şey olmasıdır. Vedî'a cevher olup da hizmetkârına, ve feres olup da zevcesine vermekten nehy etmek gibi. *Zeyla'*î'nin îzahına göre, *Mecelle*'de beyan olunan evvelki sûret olup, amma ikinci sûretde nehy-i mezkûr müfid olmakla ona muhalefet mucib-i zamândır.

Şu misâl, hükm-i sâlisin misâli olup ancak âtî "ve eğer mecbûriyyet yok iken ......ilâ âhirihi" fıkrası itibariyle hükm-i sâniye dahi misâl olur.

Hükm-i sâlis-i mezkûre ikinci misâl; müstevda'a bulunan kadına, hal-i vefat tekerrub etmekle, mezbûre vedî'ayı komşusuna def' ve teslîm ettiğinde, eğer mezburenin yanında def' ve teslîm-i vedî'a câiz olan emîni yok ise, mezbureye zamân lâzım gelmez. *(Hâniyye ve Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Bahr)*

Hükm-i sâlis-i mezkûre üçüncü misâl; mûdi', "vedî'ayı filan odada hıfz etme. Zîra orası mahûf" dediği halde müstevda', ol odada hıfz etse de zâyi' olsa, eğer ol odadan başka muhâfazalı yeri yok ise müstevda' onu zâmin olmaz. Ve eğer muhâfazalı yeri bulunup oraya nakle muktedir idiyse, misâl-i âti hükmü cârî olur.

Hükm-i sâlis-i mezkûre dördüncü misâl; mûdi', müstevda'a vedî'ayı elinle hıfz edip gece ve gündüz elinden bırakma demesi, yâni bu şart mümkinü'l-icrâ olmadığından lağvdir.

[**Ve eğer**] ol kimseye vermekte [**mecbûriyyet**] ve ihtiyaç [**yok iken verirse**] de velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa, bu takdirdeki nehy müfîd olmakla müstevda' [**zâmin olur.**] Telefi eğer müstevda'-ı evvelin müstevda'-ı sânîden müfârakat ve gözünden gaybubet ettikten sonra vaki olur ise; bu sûretteki zamânda 790. madde şerhinde zikrolunacak tafsilat cârî olur. Bu sûretde zamânın sebebi şudur: İnsanlar emânet, kiyâset ve deynde şeyn (ayıp, kusur) verecek şeyleri ma'rifette muhteliftirler. Binâenaleyh şart-ı mezkûr müfîd olur.

Amma vedî'anın telef ve zıyâ'ı, müstevda'-ı evvel, müstevda'ı sânîden müfârakat etmeden vukū'bulursa; çünkü bu halde vedî'a müstevda'ı evvelin hıfzında demek olmakla, bilâ tadd velâ taksîr telefi halinde müstevda'ı evvel ve sânî üzerine zamân lâzım gelmez.

Vedî'anın gayra vermekte mecbûriyyet olmamak iki vecihledir.

Mecelle'de mecbûriyyet yok iken deniliyor ki mecbûriyyet olmamak iki vecihle olur.

Vech-i evvel: Vedî'a koyun saati ve yüzük gibi şey-i hafif olarak müstevda' bi-nefsihi istihsab ve muhâfaza etmeğe muktedir iken, emînine vermesidir. Bu takdirde vedî'a bu gibi emînine vermeğe mecbûr olmaksızın hıfz edeceği şey-i hafifi müstevda' başkasına vermeyip bizzat kendisi hıfz etmesi lâzım gelir.

Vech-i sânî: Mûdi'in vermekten nehy ettiği emînden başka vedî'ayı muhâfaza edecek emîni bulunmasıdır. *(Bahr)*

[**Kezalik**] vedî'a [**hânenin filan odasında hıfz olunmak şart olunmuş iken**] gerek başka odada hıfz olunmasından nehyedilsin gerek edilmesin [**müstevda' onu ol hânenin diğer odasında hıfz ettiği sûretde eğer ol odalar emr-i muhâfazada müsâvî iseler**] yahut ol diğer oda hıfzda daha akvâ ise, bu takdirde bu gibi şart müfîd olmamakla [**ol şarta i'tibar olunmaz.**] Zîra hânenin küllîsi hırz-ı vâhiddir. Buna delil şudur: Sârik, malı bir odadan diğer odaya nakletse sârika hadd-i sirkat lâzım gelmez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Nitekim vedî'a akçe, filan keseye konmak şart olunmuş iken diğer keseye konsa da zâyi' olsa, zamân lâzım gelmez. Kezâ keseye konmak şartıyla îdâ' olunan para sandığa vaz' olunabileceği gibi, sandığa konmak şartıyla îdâ' olunan para odada hıfz olunabilir. Zîra bu şartlar mümkinü'l-icrâ ise de müfid değildir.

[**Ve bu halde vedî'a telef olsa kezalik**] yâni hükm-i râbi' ve hükm-i sâlisin misâllerinde zamân lâzım gelmediği gibi bunda dahi [**zamân lâzım gelmez.**] Şu misâl, hükm-i râbi'in başkaca misâlidir.

Kezalik, "Vedî'ayı sağ eline al sola alma." veya "Vedî'aya sağ göz ile bak, sol göz ile bakma." gibi şartlar lağv olmalarıyle bunlara muhâlefet mucib-i zamân değildir.

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin hânesine girip de bilâ-izin bir odasından aldığı robayı diğer odaya nakletse, bakılır. Odalar hırzda müsâvî ise zamân lâzım gelmeyip, fakat müsâvî değil ise zamân lâzım gelir.

[**Amma odaların biri**] yâni onda hıfzı şart olunan oda [**kârgir ve diğeri**] yâni müstevda'ın hılaf-ı şart olarak hıfz ettiği oda [**ahşab olmak**] veya biri sokak üstünde olmayıp, diğeri sokak üzerinde bulunmak [**gibi beynlerinde**] emri muhâfazada [**tefâvüt bulunsa, şart müfid olmakla mu'teber olup müstevda' anı meşrût olan**] ve kârgir bulunan veya sokak üstünde olmayan [**odada hıfz etmeğe mecbûr olur ve hıfzda ol odanın mâdûnü olan odaya koyup da vedî'a telef olsa zâmin olur.**] Bu misâl, hükm-i sânî misâlidir.

Nitekim şu sandıkda hıfz olunmak şartıyla îdâ‘ olunmuşiken diğer sandıkta hıfz etse zamân lâzım gelmeyip fakat sandıkların biri tahta ve diğeri demirden ma‘mûl kasa olunca tahta sandıkta hıfz ettiği halde telef olursa zamân lâzım gelir.

Şu "kezalik hânenin filan odasında ......ilâ âhirihi" misâlinde vaki "ol hânenin" kaydı bâzı fukahâya göre ihtirazîdir. Zîra filan mahalledeki şu hânede hıfz olunmak şartıyla îdâ‘ olunan mal ol mahallede diğer hânede hıfz olunamaz. Velev ki ol diğer hâne evvelkinden ahrez ola. Çünkü galiben iki hâne hırzda muhtelif ve binâenaleyh şart-ı mezkûr müfîd olur. Diğer bâzı fukahâya göre, diğer hâne hıfzda o hâneye müsâvî veya ondan muhâfazalı olunca, mezkûr diğer hânede hıfz olunabilir. Şu kavl-i sâniye göre "ol hânenin" kaydı ihtirazi değildir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Hindiyye)* *Mecelle*'nin zahir-i ibâresi kavl-i evvelin kabul olunduğuna delâlet ediyor.

Nitekim şu beldede hıfz olunmak şartıyla îdâ‘ olunmuş iken diğer beldede hıfz olunduğunda zamân lâzım gelir. (787. maddeye bak.)

Tafsilat-ı muharrereden, şu maddede ta‘addüd-i emsilenin esbâbı zâhir oldu.

785. MADDE

[**Vedî‘anın sahibi gāib olup da**] bulunduğu mekânı ve [**hayat ve memâtı ma‘lûm olmasa**] yâni mefkūd olsa [**müstevda‘ onu sahibinin vefatı tebeyyün**] ve veresesi tahakkuk [**edinceye dek hıfz eder.**] Yâni bu zemana kadar hıfz etmesi lâzım gelip, yoksa vedî‘a sahibinin fakd ve gaybûbeti üzerine müstevda‘, bunu kimesneye tasadduk veya veresesine i‘tâ veya umûruna sarfla istihlâk yahut Beytülmal'a redd edemeyeceği gibi, Beytülmal memuru dahi onu müstevda‘dan taleb edemez. Zîra müstevda‘ın yedi, mefkūdün yedi makāmına kāimdir. Binâenaleyh emîn-i Beytülmal bizzat mefkūdün yedinde bulunan malı ahz edemeyeceği gibi, müstevda‘ yedindekini dahi ahz edemez.

[**Fakat, vedî‘a durmakla bozulacak şeylerden**] yâni meselâ yünlü bir şey [**olduğu halde hakimin izniyle satıp semenini**] aslı gibi [**nezdinde emânet olarak hıfz edebilir.**] Yâni müstevda‘a lâyık olan vedî‘a-i mezkûreyi ber-vech-i muharrer izn-i hâkimle satmak ve semenini hıfz etmek olup, fakat beldede hâkim bulunmasa vedî‘ kendisi satarak semenini hıfz eder. Amma hâkime müracaat etmek mümkün iken müstevda‘ bi-dûni'l-mürâca‘at satar ise, bey‘ fuzûli ve binâenaleyh bunda bey‘-i fuzûli ahkâmı cârî olur.

[**Amma satmayıp da durmakla bozulsa zamân lâzım gelmez.**] Zîra müstevda‘ me'mur olduğu vech üzre vedî‘ayı hıfz eylemiş, vedî‘ayı satması me'mur olduğu vecihten ziyâde iyilik etmekden imtinâ‘ bulunmuş olmakla, iltizâm etmediği işi yapması keza vedî‘anın bozulması ta‘addî olmadığı gibi taksîr dahi değildir.

Meselâ vedî'a softan, ve güvenin ifsâd edeceği bir şey olup da, müstevda' izn-i hâkimle satmadığı gibi, yazın onu güneşe ve havaya dahi arz etmemekle onu güve ifsâd etse, zamân lâzım gelmez. Kütüb-i Şâfi'iyyede müstevda'ın bu gibi vediayı güneşe ve havaya vaz' etmesi ve vedî'a güve ifsâd edecek bir şey olup da bunun izâlesi için ara sıra giymek lâzım geldiği takdirde müstevda'ın bunları giymesi ve hatta elbise harîrden bir şey olup da, bu gibi âfâtdan muhâfazası için giymek iktizâ eylediğinde, giymesi yahut diğerine giydirmesi lâzım olup, bu lüzûmu terk etse de elbise fesad bulsa müstevda' zâmin olur. Şu kadar ki mûdi', bunlardan müstevda'ı men' ve nehyetmiş ise artık müstevda'a zamân lâzım gelmez. *(Bâcûrî)*

Gāibin vefatının tebeyyünü iki vecihle olur,

Mecelle'de "gāibin vefâtı tebeyyün edinceye dek" deniliyor ki gāib-i merkūmun vefâtının tebeyyünü iki vecihledir.

> **Vech-i evvel:** Mefkūdun hakīkaten vefâtının tebeyyün etmesidir. Hakīkaten vefâtının tebeyyünü şahâdetle sabit olur. Şöyle ki mefkūdun, yed-i müstevda'da malı yahut bir kimsede alacağı bulunduğunda vârisi, müstevda'dan vedî'ayı veya medyûndan deyni taleb ve iddiâ edebilir. Yâni meselâ mefkūdun oğlu, pederinin medyûnundan "Pederim fevt olmakla senin zimmetindeki şu kadar kuruş alacağı bana miras kaldı ver." diye iddiâ ve medyûn dahi borcunu ikrâr ile beraber pederinin vefâtını iki şahidle isbat ettiğinde, mefkūdun hakīkaten mevti sabit olur. Nitekim gâib ve mefūd-ı merkūmun vârisi, mûrisinin filan vakitde vefâtı cihetiyle vedî'a hasran kendisine mûris olmakla teslîmini dava ve beyyine ile mevti isbat ettiğinde gāib-i merkūmun mevti sâbit olarak şu halde 802. madde vechile muâmele olunur.
>
> **Vech-i sânî:** Mefkūdun hükmen vefâtının tebeyyün eylemesidir. Şöyle ki; mefkūd hîn-i velâdetinden itibâren doksan yaşını ikmal ettiğinde vefâtiyle hükmolunur. Zîra bu vekitten sonra hayat nâdir olup *Mecelle*'nin 42. maddesinde beyan olunduğu üzre nâdire itibar yoktur. Ancak mefkūdun hükmen vefâtı doksan yaşını ikmâlinden sonra hükm-i hâkim ile hâsıl olur. Yoksa hâkimin hükmü olmaksızın, mücerred doksan yaşını ikmâliyle hükmen vefât etmiş addolunmaz. Hükm-i hâkim dahi ancak bir dâva zımnında olabilir. Şöyle ki meselâ mûdi'in vârisi müstevda'dan "Mûrisim doksan yaşını ikmâl etti. Vedî'ası bana mevrûsdur, ver." diye dâva ve müstevda' doksan yaşının ikmâlini inkar ederek vâris dahi bu ciheti isbat ettiğinde hâkim mevt-i mefkūd ve vedî'anın müdde'îye i'tâsı ile hükmeder.

Ve mefkūdun vârisi, vech-i evvel üzre mefkūdun hakīkaten vefâtını bi'l-beyyine isbat ettikten sonra mûris hayyen gelirse, mûris-i merkūm muhayyer olur. Dilerse ol varise ve ister ise o şahidlere tazmîn ettirir. Yoksa müstevda'a tazmîn ettiremez. Zîra müstevda'ın bu halde vedî'ayı vârise vermesi câiz ve belki hükm-i hâkime binaen buna mecbûr olup cevaz-ı şer'î ise 91. maddeye binaen zamâna münâfîdir.

Lâkin mefkūdun vefâtına vech-i sânî ile hükmolunarak vedî'a vârise i'tâ olunduktan sonra mefkūd, hayyen gelirse, vâris yedinde aynen mevcûd olanı ahz edip amma telef olanı tazmîn ettiremez. *(Risale-i mefkūd ve bi-ziyâdetin)*

786. MADDE

[**At ve inek gibi nafakaya muhtâc olan vedî'anın nafakası sahibine**] yâni mûdi'a [**âiddir.**] (88. maddeye bak.) Bu takdirde mûdi' vedî'anın nafakasını müstevda'a bırakmadığı cihetle müstevda' dahi malından infâk etmemekle vedî'a telef olsa, müstevda'a zamân lâzım gelmez. Kütüb-i Şâfi'iyyede deniliyor ki müstevda' nafaka için mûdi'a veya vekîline mürâca'at eder. Nafakayı vermesini yahut vedî'a hayvanın istirdad edilmesini taleb eder. Amma mûdi' nafakayı bırakmış iken müstevda' infak etmediği gibi, fesh-i akd-i vedî'a ile vedî'ayı mûdi'a teslîm etmese de yedinde telef olsa zâmin olur. [**Sahibi gāib oldukda**] buradaki gāibden maksûd mefkūd mu, yoksa 799. maddedeki gāibde olduğu gibi mesâfe-i seferde bulunan kimse mi, yoksa ale'l-ıtlak müstevda'ın mukīm bulunduğu beldede ikāmet etmeyip, diğer bir belde ve kasabada iskân eyleyen kimse mi? Bu mes'eleye destres olamadığım cihetle tâharriye muhtâcdır. [**müstevda' olan kimse hâkime mürâca'at edip**] infaka izin ve ruhsat taleb edince müstevda', mezkûr mal yedinde vedî'a olduğunu ve sahibi gāib idiğini isbat ettiğinde [**o**] yâni hâkim [**dahi sahib-i vedî'a hakkında eslah ve enfa' olan sûretin icrâsını**] müstevda'a [**emreyler.**] Zîra 58. madde hükmünce ra'iyye üzerine tasarruf, maslahata menûttur. [**Şöyle ki**] vedî'a esb ve ester misillü şey olmak gibi [**vedî'anın îcârı mümkün ise, müstevda' onu re'y-i hâkimle îcâr edip ücretinden infak ve fazlasını mûdi' için hıfz eder.**] Vâkı'â 792. maddede müstevda' vedî'ayı âhara îcâr edemeyeceği muharrer ise de o mes'eleden bu mes'ele-i şer'iyye müstesnâdır. [**Yahut**] atı re'y-i hâkimle [**semen-i misliyle satar**] da semen-i mezkûrü mûdi' için hıfz eder. Ve bu bey', bey-i fuzûli olmaz.

[**Ve**] vedî'anın [**îcârı mümkün değilse kezâlik re'y-i hâkimle hemen**] yâni fıkra-i âtiye vechile, üç güne kadar kendi malından infak etmeksizin [**yahut**] mâlik hazır olur ümidiyle bir veya iki ve nihayet [**üç güne kadar kendi malından infak ettikten sonra semen-i misliyle satıp**] sahibi geldiğinde [**nihayet üç günlük masrafını dahi sahibinden ister.**] Üç güne kadar infak, mâlik hazır olur ümidiyledir. Üç günden ziyâde infak ile emrolunamaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Ve ziyâde masraf etse, ziyâdesini mûdi'den taleb ve ahz edemez. Fakat vedî'a hayvan olunca, şu masraf hayvanın kıymetini tecavüz edemeyip, ettiğinde müstevda' yalnız kıymetini isteyebilir; yoksa ondan ziyâdesini taleb edemez. Kütüb-i Şâfi'iyye'de deniliyor ki mûdi', kable'l-gaybet müstevda'a hayvanı infak etmesini emir ve tenbih ettiğinde o da infak etmese de telef olsa zamân lâzım gelmez. Lâkin hürmet-i zîruhtan nâşî müstevda' ihtiyar-ı hürmet etmiş olur. *(Bacûrî)* Bu mes'ele mezheb-i Hânefiyyeye muhalif olmasa gerekdir.

[**Amma**] müstevdaʿ [**hâkimin izni olmaksızın**] vedîʿaya mezkûr üç günde veya daha mukaddem [**masraf eder ise**] teberruʿ olup bu masrafı [**mûdiʿden alamaz.**] (725. madde şerhinde beyan olunan kāʿideye ve 1508. maddeye bak.)

İnfaka izni taleb eden mûdiʿden beyyinenin talebi:

Şerhan zikrolunduğu üzre müstevdaʿ infak veya beyʿ-i vedîʿa için hâkime mürâcaʿat etdiğinde, o mal kendi yedinde vedîʿa ve sahibi gāib olduğuna hâkim müstevdaʿdan beyyine taleb eder. Zîra o mal yedinde vedîʿa olmayıp, mağsub yahut mal sahibi hazır bulunmak muhtemeldir. Bu beyyine istikşâf-ı hal için olup yoksa hüküm için olmadığı cihetle bunda hasmın huzuru şart değildir. 770. madde şerhinde beyan olunduğu üzre, lukataya infakta dahi hüküm, ber-vech-i meşrûhtur.

787. MADDE

[**Müstevdaʿın taʿaddî**] si [**veya taksîri halinde vedîʿa telef yahut kıymetine noksan târî olsa zamân lâzım gelir.**] Yâni vedîʿa ber-vech-i muharrer telef olduğu takdirde bedelinin ödemesi müstevdaʿ üzerine lâzım geleceği gibi, kıymetine noksan târî olduğunda, noksan-ı mezkûrün zamânı lâzım gelir.(803. maddeye bak.)

Bu maddede dört hüküm vardır: Birincisi, müstevdaʿın taʿaddîsi halinde vedîʿa telef; ve **ikincisi,** müstevdaʿın taksîri halinde vedîʿa telef; ve **üçüncüsü,** müstevdaʿın taʿaddisi halinde vedîʿaya noksan kıymet ârız olmak; ve **dördüncüsü,** müstevdaʿın taksîri halinde noksan kıymet ârız olmaktır ki cümlesi mucib-i zamân olup *Mecelle*'nin ati'z-zikr misâllerinden birinci ve ikinci misâli birinci hükme misâl olduğu gibi, üçüncü misâli dahi ikinci hükme misâldir.

Taʿaddî ve taksîre dair bâzı mesâil 779. madde şerhinde beyan olunduğu gibi, bâzı mesâil dahi şu maddede zikrolunuyor.

Fakat müstevdaʿ vedîʿaya taʿaddî ettikten sonra taʿaddîyi bi't-terk vifâka avdet etse de sonra bilâ-taʿad telef olsa, zamân lâzım gelir mi? Bu cihet muhtâc-ı îzah olmakla tafsilat-ı âtiyenin iʿtâsı lâzım gelir. Şöyle ki:

Emânât iki kısım olup bazısında baʿde't-taʿaddî vifâka avdetle zamân zâil olur; ve bazısında olmaz. Nitekim îzahat-ı âtiyeden anlaşılır.

Şöyle ki âriyetde bu madde makāmında bulunan 864. maddede "Müsteʿîrin bir gûna taʿaddîsi veya taksîri vâkiʿ olduğunda artık her ne sebeple olur ise olsun âriyet telef olsa, yahut kıymetine noksan gelse zamân lâzım gelir." denildiği halde bu maddede taʿaddî veya taksîri halinde denilerek taʿaddî veya taksîrin mûcib-i zamân olması vedîʿa hâl-i

ta'addî veya hâl-i taksîrde telef yahut kıymetine noksan gelmesiyle meşrut olduğuna işaret olundu. Bu cihetle şu mes'elenin îzahına ber-vech-i âti musâraat olunur. Emânât iki kısımdır:

Kısm-ı evvel; şol emânâtdır ki emîn ittihaz olunan kimsenin ol emânât üzerine vaz-ı yedinin nef'âi yâni hıfz-ı amelinin fâidesi yalnız mal sahibine âit ve emînin yedi, mâlikinin yedi makāmına kāim olur. Vedî'a gibi. Zîra vedî'ada müstevda'ın vaz-ı yedinin nef' ve fâidesi yalnız mal sahibi bulunan mûdi'a âid olup, müstevda' için bu vaz-ı yedde bir gûna nef'-ı dünyevî yoktur.

Bu kısım emanâtda, emîn ta'addî ettikden sonra vifâka avdet etse zamândan berî olur. Çünkü bu emînin yedi, takdiren mal sahibinin yedi olduğu cihetle, ba'de't-ta'addî vifâka avdet ettiğinde ta'addî ile mağsub hükmünü alan emânet, vifâka avdetle mal sahibinin yedine iâde edilmiş hükmünde olur.

İmdi gāsıb, mâl-i mağsubu mal sahibine hakīkaten redd ve iâde ettiğinde 892. madde vechile gāsıb berî olduğu gibi, emîn dahi ba'de't-ta'addî vifâka avdet ettiğinde ta'addînin hükmünden berî olur.

Bu kısm-ı evvel emânetler şunlardır: **1-** Vedî'a, **2-** Berâ-yı rehn isti'âre olunup da henüz rehn olmayan mal, **3-** Şirket-i ınân veya mufâvaza ile şerîk yedindeki mâl-i şirket, **4-** Mudârib yedindeki mâl-i mudârebe, **5-** müstebzı' yedindeki bizâ'a , **6-** Bey'a veya îcâra veya istîcâra vekîl olan kimesne yedindeki mal. Bu mesâil 814. madde şerhinde tafsîl olunacaktır.

İmdi müstevda' vedî'aya ta'addî edip de mezkûr ta'addîden dolayı vedî'aya bir gûna zarar terettüb etmeden, bir daha ta'addî etmemek niyetiyle ta'addîyi terk edip de, sonra bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, yâni ba'de't-ta'addî vifâka avdet ettikden sonra telef vâki' olsa 2. madde mûcibince zamân lâzım gelmez.

"Bir gûna zarar terettüb etmeden" denildi. Zîra ta'addî ve isti'mal etmek sebebiyle noksan terettüb etmiş ise, ol noksanı zâmin olur. Çünkü bu noksanı mal sahibinden ala vechi't-ta'addî habs etmiş yâni mezkûr noksanı mal sahibine iâdeye gayr-i muktedir bulunmuş olur.

İşte vedî'ada ba'de't-ta'addî, izâle-i ta'addî ile zamân zâil olduğu halde karîben îzah olunacağı vechile âriyet ve me'curda ba'de't-ta'addî izâle-i taddi ile zamân zâil olmaz. Zîra zamândan beraet, vedî'anın ve emânetin mal sahibinin hakīkaten veya hükmen yedine iâdesiyle hâsıl olur. Halbuki müsta'îr ile müste'cirin yedleri kendileri için, ve amelleri, nefisleri için olmakla, mücerred terk-i muhâlefet ile mal sahibinin hakīkaten yedine vâsıl olmayacağı gibi hükmen dahi onun yedine vâsıl olmuş olmaz. Amma vedî'ada böyle de-

ğildir. Zîra müstevda'ın amel ve hıfzı mûdi' için olmakla, onun yedi, mûdi'in yed-i hükmündedir. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Ba'de't-ta'addî, izâle-i ta'addî ile zamândan beraeti hakkındaki mes'ele-i ânifeyi misâl ile îzah edelim:

Meselâ müstevda', vedî'a olan hayvana bilâ-izin binip ol vechile isti'mâl ettiğinde, ta'addî eylemiş ve gāsıb hükmünde olmuş olur. Fakat bu vecihle isti'mâl ettikden sonra ol hayvana bir gûna zarar terettüb etmeden, yâni telef olmadığı gibi kıymetine dahi noksan gelmeden bir daha ta'addî etmemek, yâni binmemek üzre binmeği terkle, kema fi's-sâbık hıfz etse, zamândan berî ve yed-i zamân kemâ-kân yed-i emânete münkalib olur. Hatta bundan sonra mezkûr hayvan bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa zamân lâzım gelmez.

Amma meselâ bir gün bindikten sonra akşam olmakla sabahleyin yine binmek üzre yâni binmek niyyetiyle ahırda bağlasa da o gece sirkat olunsa veya hatfe enfihi ölse müstevda' zâmin olur. (2. maddeye bak.) *(Bahr)*

Müstevda', vedî'a olan elbiseyi giydikten sonra çıkarsa veya vedî'a olan halıyı ferş ettikten sonra kaldırsa yahut vedî'ayı "O gibi vedî'a orada hıfz olunamaz." Bir mahalle vaz' ettikden sonra oradan kaldırsa da diğer bir mahall-i me'mende saklasa yahut vedî'ayı emîni olmayan bir kimseye hıfz ettirdikten sonra ondan alsa da sonra bilâ-ta'add velâ taksîr yedinde telef olsa hüküm minval-ı meşrûh üzredir.

İzale-i ta'addîde ihtilâf: Şu halde ta'addî izâle olunup olunmadığında ihtilâf olunsa bakılır. Mûdi' izâle-i ta'addîyi ikrâr ederse fe-bihâ. İnkâr eyler ise müstevda' üzerine ikāme-i beyyine etmek lâzımdır. Zîra bu hal, esasen mûcib-i zamân olup müstevda'ın bunu yapması mûdi'in izniyledir diye dâvası emr-i ârızı iddiâ olunduğuna ve sıfat-ı ârızâda asl olan adem bulunduğuna mebnî bu iddiâsı bilâ beyyine tasdik olunamaz. *(Bedâyi' bi-ziyâde)*

İşte ulemânın itimad ettikleri ber-vech-i meşrûh olup, fakat bâzı fukahâ vifâka avdet ettiği hakkında söz müstevda'ın olup, müstevda' ikāme-i beyyineye mecbûr değildir. Zîra müstevda' nefsinden zamânı nefy ediyor demişlerdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).* Müstevda', vedî'ayı itlâf ettirmek gibi mûcib-i zamân bir hali îka ettikten sonra bunları mûdi'in izniyle yaptığını iddiâ etse, hüküm minval-ı meşrûh üzredir. *(Bedayi')*

Meselâ, emîni olmayan bir kimseye vedî'ayı hıfz ettirdikten sonra "yedime iâde eyledim de ondan sonra telef oldu, binâenaleyh zamân lâzım gelmez" diye ve mûdi' "yedine iâde eylemeden telef oldu; binâenaleyh zamân lâzım gelir" diye iddiâ ettiklerinde söz mûdi'in olup müstevda' def'ini isbat etmeğe mecbûrdur. (1632. maddeye bak.)

Nitekim müstevda', vedî'ayı emîni olmayan bir kimse ile mûdi'a irsâl eylediğini ve vâsıl olduğunu iddiâ eylediği halde, mûdi' vusûlünü inkâr etse de isbat olunamadığı gibi mûdi' dahi yemîn etse zâmin olur. Ve müstevda' resûl-i merkūmun îsâlini tasdik eylemiş ise ol resule rücû' ile tazmîn dahi ettiremez. Şu kadar var ki vedî'a yed-i resulde mevcûd ise istirdad edebilir.

İstisna: Vedî'ada ba'de't-ta'addî, izâle-i ta'addî ile zamândan berâeti mes'elesinden, ati'z-zikr mesâil müstesnâdır.

Mes'ele-i ûlâ; müstevda', mal sahibinin vedî'anın redd ve iâdesini taleb etmesi üzerine vedî'ayı inkâr, yâni bana îdâ' etmedin demek ile yâni mûdi'a karşı cuhûd ile beraber menkul olan vedî'ayı zeman-ı inkârda bulunduğu mekândan başka yere naklettikten sonra ol vedî'ayı ihzar etmese, vedî'a-i mezkûreyi sahibine iâde ve teslîm etmedikçe zamândan berî olmaz. Yâni cuhûd-ı mezkûr ta'addî iken ba'de'l-cuhûd mücerred i'tiraf etmesiyle ta'addîyi terk etmiş addolunmaz. Zîra mûdi' vedî'asını taleb ettiği halde akd-i îdâ' feshedilmiş ve müstevda' iâdeden imtinâ' etmesiyle müstevda' gāsıb olmuş olup, onun yedi, mâlikin yedi gibi olmayacağından, ondan sonra ikrâr ile mâlikin yedine ne hakīkaten ne de hükmen redd hâsıl olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İzah-ı kuyûd-ı mes'ele:

1- "Vedî'anın redd ve iâdesini taleb eylemesi üzerine" denildi. Zîra mûdi', müstevda'dan vedî'anın halini sual eylemesi, yâni "Vedî'am ne haldedir." demesi üzerine müstevda' vedî'ayı inkâr etse de sonra vedî'a telef olsa zamân lâzım gelmez. Çünkü bu inkâr, hakīkaten inkâr olmayıp belki hıfzdır. Şu sebeble ki vedî'aya sârik ve gāsıb gibilerin âgâh olmalarını mûcib olacağından cuhûd, hıfz-ı mezkûr bâbındandır.

2- "Vedî'ayı inkâr yâni bana îdâ' etmedin demek ile" denildi. Zîra müstevda' onu mal sahibi bana hibe etti veya sattı diye iddiâ edip de, mal sahibi bey' veya hibeyi inkâr ettikten sonra ol mal müstevda' denilen kimse yedinde telef olsa zamân lâzım gelmez. Çünkü bu mes'elede yedde ittifak ve cihette ihtilâf etmeleriyle muhakkak olan emânete haml olunur. Nitekim 779. madde şerhinde beyan olundu.

3- "Zeman-ı inkârda bulunduğu mekândan, başka yere nakletse" denildi. Zîra bulunduğu mekândan ba'de'l-inkâr başka yere nakletmese de orada telef olsa, bunda ihtilâf bulunmuştur. Bâzı fukahâya göre zamân lâzım gelmez, ki *Dürr-i muhtâr* sahibi dahi hulâsadan bu vecihle nakleylemiştir. Diğer bâzı fukahâya göre, müstevda' ba'de'l-inkâr, bulunduğu mekândan nakl ve tahvil etmese bile ba'de'l-inkâr orada telef olsa zâmin olur. Eshâb-ı mütûne bu ikinci kavlin sıhhati zahir olmadığı cihetle, bu kavle itimad etmediklerini *Hayr Remlî* zikreylemiş ise de *Mecelle*'nin 901. maddesinin zahirinden bu ikinci kavil anlaşılır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

4- "Menkūl olan" denildi. Zîra vedî'a akar olup da müstevda' ol vechile inkâr etse de ba'dehü telef olsa, bunda ihtilâf-ı fukahâ vardır. Bâzı fukahâya göre zamân lâzım gelmez; yâni akār, cuhûd ile mazmûn olmaz. Çünkü akārda gasb tasavvur olunmaz. Diğer bâzı fukahâya göre vedî'a akār olsa dahi müstevda' inkar ile zâmin olur ki bu kavil İmam Muhammed rahimehü'llahü Te'âlâ'nındır. Bu mes'ele inşaallahü Te'âlâ 905. madde şerhinde tafsîl olunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr.)*

5- "Mûdi'a veya vekîline karşı cuhûd ile" denildi. Zîra mûdi'in veya vekîlinin gayri bir kimsenin vedî'ayı taleb etmesi üzerine müstevda' onu inkâr etse de ba'dehü telef olsa zamân lâzım gelmez. Çünkü bu inkâr sâilin vedî'ayı cebren almak fikrinde bulunması gibi bir maksad-ı gayr-i meşrû'unu men' için olacağından, inkâr-ı mezkûr hıfzdır. Zîra îdâ'ın mebnâsı setr ve ihfâ üzerinedir. Mâlikin gayrisine karşı olan inkâr örfen ve âdeten hıfz ve sıyânet kabilindendir.

6- "Ba'de'l-cuhûd vedî'ayı ihzar etmese" denildi. Zîra ba'de'l-cuhûd müstevda' vedî'ayı ihzar, yâni mûdi'a vermek üzre hazır etmekle, mûdi' "Bırak vedî'a olarak dursun." dediğinde nazar olunur. Eğer müstevda'ın ihzâr-ı mezkûründe mûdi' kābız addolunur derecede ise müstevda' zâmin olmaz. Zîra bu, îdâ'-ı cedîddir. Ve eğer ihzâr-ı mezkûr mûdi' kābız addolunur derecede değil ise, müstevda' zâmin olur. Zîra redd ve iâde tamam olmamıştır. *(Redd-i muhtâr)*

Kısm-ı sânî, şol emânâttır ki, emîn ittihaz olunan kimsenin onlar üzerine vaz-ı yedinin nef'i ve hıfz-ı amelinin fâidesi yalnız mal sahibine âid ve emînin yedi, mâlikinin yedi makāmına kāim olmayıp belki nef-i mezkûr, kendine yâni emîne râci' olur. Ve emînin hıfza me'muriyyeti maksûd-ı asli olmayıp, hıfz tebean olur. Bu emânâtta emîn olan kimse ta'addî ettikden sonra vifâka avdet etmesiyle emîn berî olmaz. Zîra ta'addî sebebiyle terettüb eden zamândan beraet, emâneti sahibinin hakīkaten veya hükmen yedine redd ve iâdesi ile hâsıl olup mücerred terk-i ta'addî, hakīkaten iâde olmadığı gibi, müste'cirin ve müste'îrin yedleri ve amelleri nefislerîçün olmakla hükmen iâde dahi hâsıl olmaz.

Meselâ müste'cir me'curu muhâfaza eder, lâkin me'curun menfa'atine mâlik olmakla istifa-yı menfa'at yâni kendi fâidesi için muhâfaza eyler. *(Hidâye ve Kifâye fi'l-îcâre)*

Me'curun bu zâbıta üzerine sûret-i teferru'u 545. madde şerhinde îzah olunduğu gibi, müste'ârın dahi keyfiyyet-i teferru'u 814. madde şerhinde îzah olunacaktır.

[**Meselâ müstevda' kendisinde vedî'a olan nükūdu, umûruna**] yâni müstevda' kendi umûruna yahut müstevda', ol nükūdu bilâ-emri'l-mûdi', mûdi'in umûruna [**sarf ile istihlâk etse**] yahut başkasına verip istihlâk ettirse, ta'addî olduğundan [**zâmin olur.**]

Bâzı vedî'ayı istihlâk:

Müstevda', nükūd-ı mezkûrenin bir miktarını sarf ettiğini ikrâr etdiğinde, tayin-i miktarda söz, ziyâde olmadığına yemîniyle müstevda'ındır. (80. maddeye bak.)

Ve müstevda', mezkûr vedî'anın meselâ nısfını ol vechile istihlâk ettikden sonra, diğer nısfı dahi yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, yalnız istihlâk ettiği nısfı zâmin olup diğer nısfı zâmin olmaz. Zîra müstevda'ın ta'addîsi yalnız nısfda olup, zamân ise cinâyet miktarıyladır.

Fakat şu hüküm yâni nısf-ı vedî'a istihlâk olunduğunda yalnız nısfın zamânı vedî'aya teb'îz muzır olmadığı takdirdedir. Derâhim ve denânîr ve mekîl ve mevzûn gibi.

Meselâ vedî'a elli altın olup da müstevda'ın yirmi beş altını istihlâk etmesi gibi.

Amma vedî'aya teb'îz muzırr iken müstevda' ber-vech-i muharrer bazısını istihlâk ettiğinde vedî'anın cem'isini mi zâmin olur, yoksa bâkī kalanın noksâniyle beraber istihlâk ettiği miktarı mı zâmin olur tâharri olunmalıdır.

900. maddeye tevfîkan şu suale ber-vech-i âti cevab verilebilir mi? Bâkīnin noksanı rubu' kıymetinden dûn ise, istihlâk ettiğinin tamamını zâmin olacağı gibi bâkīnin noksanını dahi zâmin olup, amma rubu' kıymetine baliğ veya ondan ziyâde ise mûdi' muhayyerdir. Nitekim mezkûr madde ile şerhinde tafsîl olunur.

Müstevda'ın ta'addîsi veya taksîriyle telef-i vedî'a, mûdi'in emriyle vâki' olduğunu iddiâ etmesi hakkındaki ahkâm:

Müstevda', nükūd-ı mezkûrenin yahut diğer vedî'anın ol vechile umûruna sarfla istihlâk eylemesi, yahut âhara istihlâk ettirmesi mûdi'in izniyle idiğini iddiâ etse, mûdi' bu izni ikrâr ederse fe-biha; inkâr eylediği takdirde müstevda'dan beyyine taleb olunur. İsbat ederse fe-biha; edemediği sûretde mûdi'a yemîn verir. (76. maddeye bak.) Mûdi' yemîn ederse müstevda' zâmin olur. (1632. maddeye bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Nitekim ânifen dahi bundan bahs olunmuştur.

İzah-ı kuyud-ı misâl-i evvel:

Mecelle'de "umûruna" denildi. Kayd-ı mezkûr ihtirazi değildir. Zîra müstevda' kendisinde vedî'a olan nükūd ile bilâ emir mûdi'in cins-i vedî'adan olan borcunu edâ etse mûdi' muciz olmayınca zâmin olur. (793. maddeye bak.) Bu takdirde müstevda' edâ-yı deynde müteberri' olacağından ol akçeyi dayinden istirdad edemez. Fakat hâkimin emriyle ***men' lehü'n-nafaka*** i'tâ edebileceği 799. maddede muharrerdir.

"Sarfla istihlâk" denildi. Zîra müstevda' vedî'a olan akçeyi umûruna sarf etmek üzre alıp, sarf etmeden yine yerine yâni hırz-ı misline koyduktan sonra zâyi' olsa zamân lâzım gel-

mez. Çünkü bu, mücerred ta'addîye niyet olup buna zamân terettüb etmeyeceği ikinci madde şerhinde îzah olunmuş idi.

Meselâ bir kimse diğer kimsenin malını gasb etmesini niyet edip fakat gasb etmediği halde o mal, sahibi yedinde telef olsa, mücerred niyet edene zamân lâzım gelmez. Inde'ş- Şafi'î, bu sûretde vedî'ayı sarf için alıp sarf etmeden iâde sûretinde müstevda'a zamân lâzım gelir. Zîra müstevda' vedî'ayı ta'addî sûretiyle ahz etmiştir. *(Bedâyi')*

Nitekim müstevda' vedî'a olan nukūdun bir miktarını sarf etmek üzre aldıktan sonra, sarf etmeden birine iâde yâni diğer vedî'a nükūdiyle halt etse zamân lâzım gelmez. *(Haşiye-i İştibâh-ı Pîrî-zâde ani'n-Nihâye)*

"Yahut başkasına istihlâk ettirse" denildi. Bu takdirde mûdi' muhayyer olup, dilerse müstevda'a tazmîn ettirir. Zîrâ müstevda' ta'addî veya hıfzda taksîr etmiş olur. Ve isterse istihlâk edene tazmîn ettirir.

Meselâ vedî'a olan hayvana bir maraz isâbet edip de müstvda' baytara tedâvî ettirse de bu tedâviden dolayı hayvan telef olsa, mâlik muhayyer olur. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir. Zîrâ müstevda' kendisine emrolunmayan şeyi yapmakla ta'addî etmiş olur. Bu sûrette müstevda' baytara mürâca'at edemez. (610. maddeye ve şerhine bakınız.) Dilerse baytara tazmîn ettirir. Ve baytar ol hayvan başkasının malı olduğunu bilmiyor idiyse müstevda'a rücû' eder. Ve illâ edemez. (658. maddeye ve şerhine bak.) Fakat, ***Câmi'u'l-Fusûleyn'in*** beyanına göre baytar ol hayvan gayrin olduğunu gerek bilsin ve gerek bilmesin rücû' eder. Şu kadar var ki, müstevda' ol hayvan benim değildir demekle beraber muâlece ile emredip de o da muâlece etse de bundan dolayı telef olsa, muâlic müstevda'a rücû' edemez. *(Dürr-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*.

Müstevda' istihlâk ettiği vedî'anın yerine mislini koymasiyle zamândan halâs olamaz.

Yâni [**bu sûretde**] müstevda' [**nezdinde emânet olan nükūdu ol vechile sarf edip de ba'dehü kendi malından yerine koyduktan sonra**] yerine koyduğu para [**ta'addî ve taksîri olmaksızın zâyi' olsa zamândan kurtulamaz.**] Zîra ber-vech-i mezkûr koyduğu nükūd, kendisinin yâni müstevda'ın mülkünde bâkī olup mûdi'in ol nükūdu kabzı vukū' bulmadıkça vedî'aya mahsub edilemez. *(Bahr)* Ve şahs-ı vâhid hem müeddî hem de kābız, yâni hem müsellim hem de müteesellim olamaz. Görülmez mi ki bir kimsenin diğer kimesneye cihet-i karzdan on altın borcu olup da, ol kimse on altını ayırıp o kimesneye vermek üzre hıfz etmekte iken ona vermeden yedinde telef olsa, hasarı kendisine yâni o kimseye ait olur. Bunun nazîri dahi 95. madde şerhinde zikrolunduğu üzre medyûn, dâyinine vermek üzre getirdiği parayı dâyine teslîm etmeden dâyinin emriyle suya atsa, medyûn deynden berî olmaz.

Nitekim müstevda', emânet olan nükūdun, meselâ nısfını istihlâk edip de, yerine kendi malından ve bâkīsinin cinsinden nükūd getirip de bâkī kalan nükūda ilâve etse yâni şol vechile halt etse ki temyîzi mümkün olmaya, ve ba'dehü küllîsi zâyi' olsa küllîsini zâmin olur. İnfak ve istihlâk ettiğini istihlak sebebiyle zâmin olduğu gibi bâkīsini dahi halt mülâbesesiyle zâmin olur. Çünkü kendi malını gayrin malıyla halt etmek istihlâkdir. (788. maddeye bak.)

Hulâsa-i kelâm, bu takdirde yâni bâzı vedî'ayı istihlâk ettikden sonra yerine o cinsden koyarak halt ettiği sûretde, madde-i âtiyenin hükmü cârî olur. Şu kadar var ki kendi malından ilâve ettiği nükūda alâmet vaz' edip de mezkûr alâmet ile temyîz etmek mümkün idiyse, yalnız istihlâk ettiği miktarın zamânı lâzım gelir

[**Ve keza müstevda' yedinde vedî'a olan hayvana bilâ-izin binip de giderken, gerek fevkalâde sürmekle ve gerek diğer sebeble ve gerek bilâ sebeb telef olsa veyahut esna-yı râhda sirkat olunsa, müstevda' ol hayvanı zâmin olur.**] Zîra müstevda'ın bilâ-izin vedî'a olan hayvana binmesi ta'addî olduğundan ol hayvan şu ta'addînin vukū'u sırasında, artık ne sûretle telef olur ise olsun onun zamânı icab eder.

İzah-ı kuyūd-ı misâl-i sânî:

1- "Hayvana" bu tabir ihtirazi olmayıp, müstevda' vedî'a olan robayı bilâ-izin giyip de, hal-i isti'mâlinde zâyi' olsa zâmin olur. Nitekim müstevda', vedî'a olan tabağı küpünün üzerine vaz' etmekle düşüp kırılsa, şu vaz, ala vechi'l-isti'mâl olunca zamân lâzım gelir. Amma ala vechi'l-isti'mâl değil ise zamân lâzım gelmez. Küpde bir şey yok ise, yahut küpteki şey örtmeğe muhtâc değil ise, bu vaz', ala vechi'l-isti'mâl değildir. Amma küpte su ve un bulunmak gibi üzeri örtmeğe muhtâc bir şey var ise, vaz-ı mezkûr ala vechi'l-isti'mâldir.

2- "Giderken ve esna-yı râhda" kayıtlarının fâidesi sadr-ı maddede verilen îzahatdan anlaşılır.

3- "Bilâ-izin" denilmesi ile anlaşılıyor ki 792. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, izniyle binebilir.

4- "Binip de" denilmesi ile işaret olunuyor ki, misâl-i evvel şerhinde îzah olunduğu vechile binmek üzre ahırdan çıkarıp da henüz binmeden telef olsa, zamân lâzım gelmez.

[**Kezâlik harîk vukū'unda müstevda' vedî'ayı**] âhar şahsa, velev ki bu şahıs ecnebi buluna def' ve teslîme veya [**d,iğer mahalle nakle muktedir iken**] def' ve teslîm veya diğer mahalle [**nakletmeyip de muhterik olsa**] hıfzda taksîr etmiş olacağından müstevda'a [**zamân lâzım gelir.**]

Bu misâlden, çok mesâil-i fıkhiyye mâlûm olur. Bazısını zikredelim.

1. Mes'ele: Meselâ İzmir'de muayyen bir şahsa vermek üzre müstevda'a verilen emânet ile İzmir'e sefine ile giderken vapur zedelenmekle, batmak üzre olduğu cihetle, diğer râkibler ile birlikte müstevda' nefsini bir kayığa atıp kurtarıp, fakat ol emâneti birlikte kayığa almağa yahut diğer vapura nakletmeğe muktedir olamamakla emânet telef olduğu takdirde zamân lâzım gelmez. Lâkin emânet-i mezkûrenin diğer mahalle nakliyle denize batmaktan muhâfaza edilmesi mümkün iken muhâfaza etmese zâmin olur. Nitekim müste'cerün-fîhde dahi hüküm böyle olduğu 609. maddede muharrerdir.

2. Mes'ele: Emâneti sefinede terk ederek kendisi, yâni müstevda' esir veya katledilmekten havfen denize atılıp yüzerek kurtulsa, zamân lâzım gelmez.

3. Mes'ele: Mükârî yük götürürken, lüsûs yâni hırsızlar karşısına çıkmakla, yükü terk edip hayvan ile firar ettiğinde bakılır. Mükârî için hem yük hem de hayvan ile firar etmek mümkün olmayıp da yükü beraber götürse, lüsûs arkasından yetişerek, hem hayvan hem de yükü alacakları malûm olsa, mükâriye zamân lâzım gelmez.

4. Mes'ele: Vedî'ayı ecnebi bir kimesne ahz ederken müstevda' gördüğü ve men'a muktedir bulunduğu halde men' etmese zâmin olur. Velev ki müstevda', o vedî'a âhızın malı bulunduğunu zan etmesinden dolayı men' etmemiş buluna. (72. maddeye bak.) Zîra bu hal, hıfz-ı vedî'ada taksîr olur. Meselâ müstevda'ın yedinde iki şahsın ayrı ayrı vedî'ası bulunup da, mûdi'lerden biri müstevda'ın izniyle sehven diğerin vedî'asını ahz eylese, müstevda'a zamân lâzım gelir. Amma men'a muktedir olmadığı halde zamân lâzım gelmez. (779. madde şerhindeki dokuzuncu mes'eleye bak.)

5. Mes'ele: Müstevda', vedî'ayı hânesinde bırakıp, zevcesi gayr-i emîne olmakla, zevce-i mezbure ol hânede bulunup mezkûr vedî'ayı ahz ve izâ'a etse, müstevda'a zamân lâzım gelir. Zîra müstevda' hıfz-ı vedî'ada taksîr eylemiş olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

788. MADDE

[**Vedî'ayı sahibinin izni olmaksızın diğer mal ile yekdiğerden tefrîk**]ı müteazzir, yâni tefrîkı asla mümkün [**olmayacak**] yahut tefrîkı müteassir bulunacak, yâni tefrîkı mümkün ise de tefrîkten usret olacak [**sûretde karıştırmak ta'addîdir.**] Yâni mûcib-i zamândır. Zîra müstevda'ın fi'linden dolayı mûdi' için ayn hakkına vusûl imkânı mefkûd ve mütazzir oldu.

Mecelle'de "karıştırmak" denilip, fâili yâni karıştıran zikrolunmaması ta'mim içindir. Yâni karıştıran gerek müstevda' olsun ve gerek ecnebi bulunsun ve gerek müstevda'ın ıyâlinde bulunan sağîr veya kebir oğlu gibi diğer kimesne olsun. Ve zamân her halde karıştıran üzerine lâzım gelir.

Yâni karıştıran müstevda' ise zamân ona lâzım olduğu gibi, karıştıran meselâ müstevda'ın sağir oğlu ise, zamân ol sağire lâzım gelir. (778. maddeye bak.) Yoksa sağir-i merkūmdan dolayı müstevda'a zamân lâzım gelmez. (916. maddeye bak.) İmdi bu vechile müstevda'ın gayri bir kimse karıştırsa da zamân onun, yâni hâlitın üzerine lâzım gelse, mahlût-ı mezkûr hâlitın malı olarak mezkûr mahlûta ne müstevda' ne de mûdi' müdâhale edemez.

Hâlit gerek müstevda' olsun ve gerek müstevda'ın emîni olsun ve gerek ecnebi olsun; mahlût ber-vech-i muharrer hâlıtın malı olur ise de, hâlıt mahlûtu mal sahibine zâmin olmadıkça mahlût ile intifâ' etmesi mübah olmaz. Şöyle ki bir kimse nezdinde vedî'a olan on kile buğdayı kendi buğdayına karıştırsa, mahlût buğday hâlıt olan müstevda'ın mülkü olup, fakat mahlût buğdayın bedelini mûdi'a iâde etmedikçe, müstevda' ol mahlût ile intifâ' etmesi mübah olmaz.

Bu takdirde hâlit, mûdi' ile müstevda'ın gayri bir kimse olup da, ol kimse meselâ mûdi'in arpasını müstevda'ın buğdayına halt ettikden sonra, kendisine mürâca'at mümkün olmayacak sûretde gaybûbet ettiğinde, mûdi' ve müstevda'dan biri diğerinin bedelini bi'l-i'tâ mahlûtu almak isteyip de diğeri de râzı olursa güzel olur. Bu vechile terâzî edemezler ise, mahlût rızâlarıyla bey' olunup, hâsıl olan semene sahib-i hıntanın gayr-i mahlût hıntası kıymeti darb olunacağı gibi, sahib-i şaîrin dahi gayr-i mahlût şaîri semeniyle darb olunur. Ve hâsıl-ı darb, mahlûtun mecmû'-ı semenine taksîm olunarak, hâric-i kısmet-i madrûb sahibinin hissesi olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*.[3]

Mecelle'de "diğer mal ile" denilmesiyle anlaşılıyor ki müstevda' gerek kendi malıyla karıştırsın ve gerek başkasının malıyla karıştırsın; hükümde fark yoktur. Hatta müstevda' kendisinin nezdinde vedî'a bulunan bir malı, diğer bir şahsın kezâlik kendisinin nezdinde vedî'a olan malıyla halt etse, iki vedî'ayı dahi zâmin olup, mahlût kendisine kalır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

[**Binâenaleyh müstevda' kendisinde vedî'a olan bir miktar yüzlük altınları kendisinin**] yahut başka birinin [**yüzlük altınlariyle bilâ-izni**]'l-mûdi' [**karıştırdıktan sonra zâyi' olsa, yahut sirkat olunsa**] yahut temyîzi mümteni' ya müteassir olacak sûretde mahlûtan mevcûd bulunsa [**zâmin olur.**] Zîra hâlit, halt etmesi sebebiyle vedî'ayı istihlâk etmiş olur. *(Bahr)*

3 فيه نظر وهو ان الخلط يوجب انقطاع حق المالك عن المخلوط ويقتضى كون المخلوط ملكا للخالط فكيف يسوغ لهما التصرف بهذا الوجه فى مالى الغير والجواب بان التصرف فبهما بهذا الوجه اجازة للخلط من الخالط لايجدى نفعا اذا كان الخلط اتلافا فان الاجازة لا تلحق الاتلاف على ما سيجئ فى شرح 1453 مادة, شارح.

İzahu'l-kuyûd:

1- "Zâyi' olsa yahut sirkat olunsa" bu tâbir kayd-ı ihtirâzî olmayıp şerhan beyan olunan sûretde mahlût, aynen mevcûd bulunsa yine zamân lâzım gelir ki tenvir ile şerhinde, kitab-ı kabzda ber-vech-i meşrûh mezkûrdür. Bu ta'birler yâni zâyi' olsa yahut sirkat olunsa ta'birleri *Hidâye, Tenvîr, Mültek*ā ve *Kenz* gibi mütûn-ı fıkhiyyede mezkûr değildir. Nitekim *Mecelle*'nin âtî'z-zikr misâlinde dahi mezkûr olmadığı gibi.

2- "Bilâ-izin" Bu tabir ihtirâzî olup, muhterezün anhı âtîz-zikr 789. maddede zikrolunuyor.

[**Ve keza müstevda'dan başka bir kimse mezkûr altınları**] yâni müstevda'ın, yahut kendisinin, yahut başka bir adamın altınlariyle mûdi'in vedî'a olan altınları [**ol vechile**] bilâ-izin [**karıştırsa ol kimse zâmin olur.**] Mezkûr altınlar, gerek zâyi' veya sirkat edilsin ve gerek mahlûtan mevcûd bulunsun, halt-ı mezkûr zamânı icâb edip âtîde tafsîl olunacağı üzre İmam-ı A'zam râhımehü'llahü Te'âlâ'ya göre mahlûtdan mûdi' ile müstevda'ın hakları münkatı' olarak mahlût-ı mezkûr hâlitın malı olur.

Haltın vücûh-ı erbaasiyle ahkâmı:

Haltın tafsîlatına ber-vech-i âtî mübâderet olunur. Şöyle ki halt, yâni karıştırmak dört vecih üzre olur.

Vech-i evvel: Halt, bi-tarîkı'l-mücâvere ma'a teyessüri't-temyîzdir. Yâni karıştırılan iki malın tefrîk ve temyîzi yâni ifrâz ve fasl edilmesi bi's-sühûlet mümkün olur. Cevizi ba'dem ile, yahut altınu sim mecidiye ile, yahut tekmil sim mecidiyeleri nısf veya rubu' sim mecidiyeler ile, yahut tekmil yüzlük altınları nısf veya rubu' altınlar ile yahut Osmanlı yüzlük altınları nısf veya rubu' altınlar ile veyahut Osmanlı yüzlük altınları İngiliz veya Fransız altınlariyle halt gibi. Bu vecihle olan halt, bi'l-icmâ' mûcib-i zamân olmayıp, mahlût tefrîk olunarak vedî'a kısmı sahibine iâde kılınır. Ve kable't-tefrîk mahlût telef olsa, kable'l-halt gibi emâneten telef olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* *Mecelle* bu mes'eleye "tefrîk olunamayacak" ibâresiyle işaret ediyor.

Vech-i sânî: Halt, bi-tarîkı'l-mücâvere ma'a ta'assüri't-temyîzdir. Yâni karıştırılan iki malın tefrîkı bi'l-usre, yâni güçlükle mümkün olur. Hıntayı buğday ile karıştırmak gibi.

Bu vech üzre olan halt mûcib-i zamân olup olmadığı hakkında ihtilâf olunmuştur. Bâzı fukahâya göre mûcib-i zamân olur ki *Dürr-i muhtâr* ve *Hîdâye*'de şu kavil tercih edilmiş olmakla beraber *Nihaye*'de şu vecihle mahlûtun tefrîki dahi müteazzir idiğini îzahan denilmiştir ki "Mahlût-ı mezkûr suya atıldığında buğday te-

ressüb edip, arpa yüze çıkacağı cihetle tefrîki mümkün olur diye edilen suale cevaben, bu takdirde mahlût ıslanmakla ayıplanacağı gibi, her buğdayda cüz'i arpa, ve her arpada cüz'i buğday taneleri bulunması tabiî olduğundan yine kābil-i tefrîk olamaz." Binâenaleyh, *Mecelle*'nin şu maddesi, şu kavil üzre şerh edilmiştir. Diğer bâzı fukahâya göre bu vecihle halt edildiğinde, mâlikin mahlûttaki hakkı munkatı' olmayıp , vech-i râbi' âtîde İmâmeyn kavillerinde olduğu gibi mâlik muhayyer olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Vech-i sâlis: Halt, bi-tarîkı'l-muhâzece li'l-cins bi-hılâfi'l-cinsdir. Bu da, bir nev mâyi'in diğer nev mâyi ile halt edilmesiyle olur. Sirkeyi yağ ve tahini pekmez ile halt etmek gibi. Bu vechile olan halt, bi'l-infâk mûcib-i zamândır. *(Kuhistânî)*

Vech-i râbi': Halt bi-tarîkı'l-mücâvere li'l-cins-i bi'l-cinsdir. Buğdayı buğday ile veya ceviz yağını ceviz yağıyla, yahut südü süt ile, yahut altınu altın ile halt gibi.

Bu vech üzre haltda ihtilâf-ı fukahâ vaki olmuştur.

İmam-ı A'zam râhımehü'llahü Te'âlâ'ya göre halt-ı mezkûr, mahlûtu istihlâk olmakla mahlûtdan hakk-ı mâlik munkatı', ve mahlût hâlıtın malı olup hâlıta zamân yâni, mahlût misliyyattan ise misli, kıyemiyyattan ise yevm-i haltdaki kıymeti lâzım gelir. Yoksa artık mâlik, mahlûta müşâreket edemez. Zîra mahlûtun temyîz ve tefrîkı mümkün olmayınca mâlik bulunan mûdi', kendi malı olan vedî'a ile intifâ' etmekten âciz kalır. Binâenaleyh ber-vech-i mezkûr halt, itlâf olur da müstevda', mahlûtu zâmin ve zamân sebebiyle mahlûta mâlik olur. Bu takdirde müstevda', bu mahlûtu bi't-terk, terekesi garîm iken vefât etse, mûdi' diğer dâyinler ile alacakları nisbetinde mahlûttan haklarını istifa ederler. *(Bedâyi')*

Şu kadar var ki, halıt zâmin olmadan, mahlût ile intifâ' etmesi mübah olmaz. *(Bahr)* Fakat mûdi' hâlıtı ibrâ etse, hem deyn, hem de ayndan hakkı sâkıt olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

İmâmeyn râhımehümâllahü Te'âlâ'ya göre, mûdi' muhayyer olup, dilerse hâlıta tazmîn ettirir. Dilerse mahlûtta hissesi miktarı müşâreket eder.[4] Fakat mûdi' hâlıtı ibrâ etse, müşârun ileyhimâya göre, mûdi'in muhayyerliği sakıt olup, mahlûtda şirket taayyün eder.

Mecelle'de, bu iki mezhebden hangisi ihtiyar edildiğine dâir bir kayd ve işaret yoktur. Zîra lüzûm-ı zamân İmam-ı A'zam mezhebinde olduğu gibi İmâmeyn mezhe-

4 لانه لايمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقيمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضاء فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معه, زيلعى.

binde dahi vardır. Şu kadar var ki, İmam-ı A'zam mezhebince zamân müteayyen iken, İmameyn mezhebince zamân müteayyen değildir.

Fakat, *Mecelle*'nin şu beyânı, İmameyn mezhebine haml olunsa, mezheb-i mezkûrün yalnız bir kısmı beyan edilmiş ve diğer kısmından sükût olunmuş olacağı cihetle, İmam-ı A'zam mezhebine haml, daha evlâ olur.

789. MADDE

Vedî'ada ta'addî addolunan tasarrufu, müstevda' mûdi'in emriyle yapsa, müstevda'a zamân lâzım gelmez. Zîra "1510." maddede zikrolunduğu üzre, bir kimsenin emri kendi mülkü hakkında cârî olur.

Bu cihetle müstevda', bi-izni'l-mûdi vedî'ayı âhara îdâ' ve i'âre ve rehin ve îcâr ve bey' ve hibe edebilir. (1452. maddeye bak.) Ve kendisi isti'mâl eyleyebilir. (792. maddeye bak.) Ve emîni olmayan ile redd edebilir. (799. maddeye bak.) Ve mûdi'in ehl ü ıyâli gibi, nafakası üzerine vâcib olana sarf eyleyebilir. (799. madde ile şerhine bak.)

Yine bu cihetle [**müstevda' eğer vedî'ayı sahibinin izniyle madde-i ânifede beyan olunduğu üzre**] yâni yekdiğerinden tefrîki olunamayacak sûretde [**diğer mal ile karıştırsa, yahut kendisinin**] yâni müstevda'ın medhali ve [**sun'i olmaksızın iki mal birbiriyle kezâlik yekdiğerinden tefrîk olunamayacak sûretde karışsa meselâ**] bu temsil "yahut kendisinin sun'u olmaksızın ......ilâ âhirihi" fıkrasının temsilidir [**bir sandık derûnunda vedî'a olan**] Osmanlı [**altın kesesi yırtılıp içindeki altınlar diğer**] aynı vezin ve miktarda bulunan Osmanlı [**altınlar ile karışsa**] yâni meselâ beheri yüz kuruşluk on adet vedî'a Osmanlı altını, beheri kezâlik yüz kuruş kıymetinde bulunan diğer beş aded Osmanlı altıniyle karışsa da temyîz ve tefrîkı mümkün olsa, zamân lâzım gelmeyip [**mecmû'unda**] yâni mahlûtda [**müstevda' ile sahib-i vedî'a hisseleri miktarınca**] şirket-i mülk ile ve karıştırmak sûretinde, şirket-i ihtiyariyye ve karışmak takdirinde, şirket-i cebriyye ile [**şerîk olurlar.**] Zîra vedî'anın bilâ ta'ad velâ taksîr telefi takdirinde zamân lâzım gelmeyeceği 777. maddede muharrer olmakla, artık şu madde vechile karışmakla zamân lâzım gelmemesi evleviyetle ma'lûm olur.

Bilâ sun' karıştırdığında zamân lâzım gelmemesi şu vecihle dahi isbât olunur ki, bilâ sun' olan karışmakta müstevda'ın sun' ve ta'addîsi yoktur. *(Bahr)*

Meselâ vedî'a olan altın on, ve diğer altın beş aded olup da, ber-vech-i mezkûr vedî'alar yekdiğere karışsa, mezkûr on altın islâsen müşterek olur ki; sülüsânı sahib-i vedî'anın ve sülüsü diğerinin olur.

[**Bu halde**] karışan altınların küllîsi veya bazısı [**bilâ-ta'add velâ taksîr telef ve**] ya [**zâyi' olsa**] telef veya zâyi' olan vedî'anın küllen veya ba'zan [**zamân**]ı müstevda' üzerine [**lâzım gelmez.**] Ve karışan altınların bazısı telef olunca, 1061. maddenin hükmü cârî olur.

İzniyle haltda ihtilâf-ı eimme:

Şu maddede sahibinin izniyle müstevda' karıştırdığı sûretde, müstevda' ile mûdi'in şerîk olmaları İmam Muhammed râhimehü'llahü Te'âlâ'nın mezhebi olup, İmam-ı A'zam râhimehü'llahü Te'âlâ bu sûretde dahi madde-i ânifenin hükmü cârî olduğuna yâni mahlût, hâlıtın mülkü olup, hâlıt müstevda'ın hissesini zâmin olacağına kāil olmuştur. Nitekim İmam Ebû Yusuf râhimehü'llahü Te'âlâ ekalli eksere tâbi kılmış, yâni kimin malı ziyâde ise mahlût onun mülkü olup diğerinin hissesini zâmin olur.

Mecelle'de "yekdiğerden tefrîk olunamayacak ......ilâ âhirihi" denilmesiyle işâret olunuyor ki, yekdiğerden tefrîk olunacak sûretde karışsa, şirket sâbit olmayıp, bi't-tefrîk her birinin sahibine verilir.

Meselâ vedî'a olan beş yüz kuruşluk bir aded altın, diğer beheri yüzer kuruşluk beş aded altınlariyle karışmak gibi.

Müstevda'ın, vedî'ayı mûdi'in izniyle karıştırdığını iddiâ ettiğinde, mûdi' izni ikrâr ederse febiha; inkâr eylerse müstevda', izni isbat etmeğe mecbûr olup, edemediği halde mûdi'a yemîn teklif edebilir. Mûdi' yemîn ederse, müstevda' zâmin olur.

Ecnebiye îdâ' etse veya istihlâk ettirirse de mûdi'in izniyle olduğunu iddiâ etse, hüküm minval-ı meşrûh üzredir. *(Cevahirü'l-fıkh)*. (787. madde şerhine bak.) Nitekim bunun nazîri madde-i âtiye şerhinde dahi gelir.

790. MADDE

[**Müstevda'**] 1- [**Vedî'ayı**] 2- Bilâ özür, 3- Bilâ-izin, 4- Kasden, 5- [**Âhara**] yâni emîni olmayan kimseye [**îdâ' edemez.**] (96. maddeye bak.) Zîra sâhib-i vedî'a, müstevda'ın gayrisinin yed ve hıfzına râzı olmamış olup eyâdî emânetce muhtelif olur. Ve bir de, bir şey kendi mislini tazammun edemez. Mudârib, mâl-i mudârebeyi, mudârebe vechile i'tâ edemeyeceği gibi.

Dokuz şey vardır ki insan ona mâlik iken onu âhara temlîk edemez ki, **birincisi;** bu maddede beyân olunuyor. Yâni müstevda' îdâ' edemez. Diğer bir ta'birle müstevda', hıfza mâlik iken hıfzı âhara temlîk edemez. **İkincisi;** mürtehin rehnedemez. (743. maddeye bak.)**Üçüncüsü;** vekîl bi'l-bey', bey'a âharı tevkîl edemez. (1466. maddeye bak.) **Dördüncüsü;** müstamilinin ihtilafiyle, muhtelif olan şeyin müste'ciri, me'cûru âhara îcâr edemez. (427. maddeye bak.) **Beşincisi;** müste'îr, müstamilinin ihtilafiyle muhtelif olan mu'ârı âhara

iʻâre edemez. (820. maddeye bak.) **Altıncısı;** muzâriʻ, arzı, muzâreʻa tarîkıyla âhara veremez. **Yedincisi;** mudârib, mâl-i mudârebeyi âhara mudârebe tarîkıyla veremez. (1415. maddeye bak.) **Sekizincisi;** müstebzıʻ ibzâʻ eyleyemez. **Dokuzuncusu;** müsâkī bi-gayr-i izin âhara müsâkāt edemez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İzâhu'l-kuyûd:

1- "Vedîʻayı" bu taʻbirden anlaşılır ki, vedîʻanın bulunduğu odanın miftahını âhara vermek ol odayı ona teslîm etmek olmadığından, bununla vedîʻa âhara îdâʻ edilmiş olmaz. Ve binâenaleyh müstevdaʻa bu kadarla zamân lâzım gelmez. *(Bahr)*

2- "Bilâ özür!" denildi. Zîra 784. maddede zikrolunduğu üzre müstevdaʻ hanesinde harîk vukūʻiyle ol saatde vedîʻayı bizzat yahut emîni ile muhâfazaya muktedir olamamakla, komşusunun hânesine vazʻ etse de orada telef olsa, şu vazʻ komşusuna îdâʻ iken zamân lâzım gelmez.

Ancak bu gibi aʻzâra binâen âhara îdâʻ etmeğe mecbur olduktan sonra özür zâil olduğu halde istirdâd etmese Kādıhan'ın beyânına göre müstevdaʻa zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Fakat İmam Muhammed rahımehü'llahü Teʻâlâ'nın beyânına göre baʻde zevâli'l-özr, müstevdaʻ vedîʻayı ol âhardan istirdâd eylemesi lâzım gelir. Zîra 22. madde hükmünce, zarûretle sabit olanlar, zarûret miktarıyla takdir olunacağından ve baʻde zevâli'l-harîk zarûret mürtefiʻ olacağından, ecnebî-i merkūmdan istirdâd etmediği halde, ecnebî-i merkūma ibtidâen ve bilâ zarûreten îdâʻ etmiş hükmünde olacağından, baʻde zevâli'l-özr ve kable'l-istirdâd, ecnebî-i merkūm yedinde telef olsa, müstevdaʻ-ı evvele zamân lâzım gelir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Nitekim, müstevdaʻın bulunduğu sefîneye gark olmak tehlikesi hâsıl olup kendisini muhâfazaya muktedir olamadığı gibi, orada vedîʻayı teslîm edecek emîni dahi bulunmamakla, nezdindeki vedîʻayı sefîne-i uhrâdaki ecnebîye verse zâmin olmaz. (21. maddeye bak.) *(Taʻlîkāt-ı İbni Abidin ale'l-Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr.)*

3- "Bilâ-izin!" denildi. Zîra müstevdaʻ, mûdiʻin ibtidâen olan izniyle vedîʻayı âhara îdâʻ edebileceği gibi, bilâ-izin îdâʻ ettikten sonra mûdiʻ mücîz olsa yine câiz olur. (Madde-i âtiye ile şerhine bak.)

Bu vecihle müstevdaʻ vedîʻayı mûdiʻin izniyle âhar kimesneye îdâʻ ettiğinde müstevdaʻ-ı evvel aradan çıkarak, o kimesne müstevdaʻ olur. (1452. ve 1459. maddelere bak.) *(Hulâsa).*

Hatta müstevdaʻ vedîʻayı mûdiʻin izniyle âhar kimesneye îdâʻ ettikten sonra bilâ-izin o kimesneden geri alsa da yedinde telef olsa, bu telef bilâ-taʻadd velâ taksîr olsa dahi zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Ve tayîn-i şahısda söz müstevda'ın olur. Şöyle ki, müstevda' mûdi'in emriyle vedî'ayı âhar şahsa îdâ' ettikten sonra mûdi', "Ol şahsa i'tâ ile emretmeyip filan adama i'tâ ile emretmiş idim." ve müstevda' "Ol şahsa i'tâ ile emretmiş idin." diye ihtilaf ettiklerinde söz müstevda'ın olur. Zîra tarafeyn asıl izinde ittifak ettikleri cihetle müstevda' emîn olmakla sözünün kabûlü lâzımdır. (1774. maddeye bak.)

Fakat müstevda', "Emrinle filan şahsa verdim." demesiyle, yâni mücerred bu sözle ol şahsın almış olduğu sâbit olmaz. (78. maddeye bak.) Şöyle ki mûdi', müstevda'a, o şahsa vermesiyle emretmekle, müstevda' dahi ona verdim dediği halde, şahs-ı merkūm, almadım dediği gibi mûdi' dahi vermedin dese, berâet-i nefsî hakkında söz ma'a'l-yemîn müstevda'ın olur. (1774. maddeye bak.) Lâkin şahs-ı merkūm üzerine îcâb-ı zamân hakkında müstevda'ın şu sözünün tesiri olmamakla, ol şahsın aldığı isbat olunamadığı takdirde, ol şahsın mesûliyyeti lâzım gelmez.

Nitekim mûdi', "Senden kabz-ı vedî'a etmesini, filan şahsa emrettikten sonra nehyettin." dediği halde, müstevda' "Ol şahıs geldi emrin mûcibince vedî'ayı benden aldı." deyip, şahs-ı merkūm ise "Müstevda'ın yanına vardım ama vedî'ayı almadım." dese, müstevda' berî olur.

4- "Kasden" denildi. Zîra îdâ'-ı tebe'î câizdir. Şöyle ki bir kimse hamama dâhil olduğunda, robasını çıkarıp da nezdindeki vedî'asiyle beraber hamamcı önüne vaz' etse de ba'dehü sirkat olunsa, enseb olan zamân lâzım gelmemektir. Çünkü bunda vedî'a âhara îdâ' olunmuş oluyor ise de, şu îdâ' zımnî olup kasdî değildir. (54. maddeye bak.)

5- "Âhara" denildi. Zîra müstevda', vedî'ayı emînine îdâ' edebilir.(780. maddeye bak.)

Binâenaleyh, bir kimse diğer kimesneye vermek üzre bir şahsa mal verip de o şahıs dahi mezkûr malı o kimesneye vermek üzre bir adama verdikten sonra mezkûr mal zâyi' olsa, ol adam o şahsın emîni ise, o şahsa zamân lâzım gelmez. Amma emîni değil ise o şahıs zâmin olur. *(Redd-i Muhtâr)*

Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara îdâ' [**edip de**] aynen mevcûd olsa, müstevda'-ı merkūm onu istirdâd edebilir. Ve istirdâd etmeyip de [**ba'dehü**] yâni ba'de'l-îdâ' müstevda'-ı sâni yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr [**telef olsa**], telefi eğer müstevda'-ı evvelin müstevda'-ı sâniden müfârakatından sonra olur ise müstevda'-ı evvel [**zâmin olur.**] Zîra müstevda'-ı evvel vedî'anın hıfzını terk etmiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Sûret-i zamân: Vedî'a misliyyattan ise mislini ve kıyemiyyattan ise müstevda'ın îdâ' ve müstevda'-ı sâniye teslîm ile ta'addi ettiği gündeki kıymetini i'tâdan ibârettir. (803. maddeye bak.)

Fakat lüzûm-ı zamânda iki kayıt ve şart vardır.

Kayd-ı evvel: Bu takdirde zamân lâzım gelmesi şerhan işaret olunduğu üzre vedî'a müstevda'-ı evvelin müstevda'-ı sâniden müfârakati vukū' bulduktan sonra telef olduğu sûrettedir. Amma kable'l-müfârakat telef olur ise birine zamân lâzım gelmez. Müstevda'-ı sâniye zamân lâzım gelmemesi, müstevda'-ı sâni malı yed-i emînden kabz eylemiş olmasından nâşi olduğu gibi, müstevda'-ı evvele zamân lâzım gelmemesi dahi, müstevda'-ı evvel vedî'ayı müstevda'-ı sâniye i'tâ ettikten sonra, müstevda'-ı evvel, müstevda'-ı sâniden müfârakat etmedikçe, vedî'anın hıfzında yine müstevda'-ı evvelin re'yi hazır ve mevcûd olarak hıfzını terk etmiş addolunmasından dolayıdır. Amma ba'de'l-müfârakat, müstevda', iltizam ettiği hıfzı terk ettiği cihetle zamân lâzım gelir. Nitekim 784. madde şerhinde izah olunmuş idi.

Kezâ, bir kimse diğer kimesneye Kudüs'de emtia verip de, mezkûr emtiayı o kimesne kendi hayvaniyle ve ücret-i ma'lûme ile Haleb'e nakletmek üzre mukâvele edip, o da hayvanına tahmil ettikten sonra diğer şahsa verse de ba'de'l-müfârakat telef olsa zâmin olur.

Kezâlik, bir kimse filan adama îdâ' etmek üzre diğer kimesneye bir mal verip de o kimesne dahi filan kimse şu malı sana vedî'a gönderdi diyerek mezkûr malı ol adama teslîm ve ol adam dahi kabûl ettikten sonra, ol adam mezkûr malı yine o kimesneye iade etse de yedinde telef olsa, ol adam zâmin olur.

Müstevda'-ı sâniye lüzûm-ı zamânda ihtilafü'l-eimme vâki' olmuştur. Şöyle ki:

Bâlâda izah olunduğu vecihle, müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara îdâ' ederek müstevda'-ı sâni yedinde telef olduğunda, İmam-ı A'zam'a göre zamân yalnız müstevda'-ı evvele lâzım gelip, yoksa müstevda'-ı sâniye lâzım gelmez. Zîra müşârun ileyhe göre müstevda'ın müstevda'ı, vedî'ayı yed-i emînden kabzettiği cihetle zâmin olmaz. Amma mûdi'u'l-gāsıb zâmin olur. Çünkü mûdi'u'l-gāsıb dahi gāsıbdır. *(Bahr)*

Amma İmâmeyn ile Eimme-i Selâse, mûdi'i muhayyer kılmışlardır. Mûdi', dilerse müstevda'-ı evvele ve dilerse müstevda'-ı sâniye tazmîn ettireceğini beyân eylemişlerdir. Bunların mezheblerince müstevda'-ı sâniye tazmîn ettirdiği sûretde 658. madde şerhindeki îzâhâta mebnî onun da müstevda'-ı evvele rücû'a hakkı bulunur. Amma müstevda'-ı evvele tazmîn ettirdiği takdirde, müstevda'-ı evvel, müstevda'-ı sâniye rücû' edemez. Zîra müstevda'-ı evvel zâmin olmasıyla vedî'aya mâlik olmakla kendi malını îdâ' eylemiş oldu. (777. maddeye bak.) Meğer ki müstevda'-ı sâni yedinde vedî'anın telefi, ta'addi veya taksîr ile ola.

Mecelle'de fıkra-i ânifede "Müstevda'-ı evvel zâmin olur." denilip de, müstevda'-ı sâniye dahi tazmîn ettirilebileceği beyân olunmadığına ve İmameyn kavline hamledi-

lecek olsa, mes'elenin bir kısmı beyân olunarak diğer kısmı meskûtün-anh kalması lâzım geleceğine ve 783. madde dahi bu cins mesâilden iken orada "Alana zamân lâzım gelmez." denilmesi, imam-ı müşârun ileyhin mezhebine mebnî olduğuna nazaran *Mecelle*'de imam-ı müşârun ileyhin kavli ihtiyar edilmiş oluyor.

Kayd-ı sâni: Vedî'a ba'de'l-îdâ' telef olduğunda zamân lâzım gelmesi, müstevda'-ı sâni yedinde telef olduğu sûrettedir. Amma müstevda', vedî'ayı bilâ-izin îdâ' ettikten sonra yine istirdâd edip de ba'dehû kendi yedinde iken telef olsa zâmin olmaz. Zîrâ 787. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre müstevda' ba'de'l-muhâlefet vifâka avdet ettiğinde zamân lâzım gelmez.

Şu halde mûdi' vedî'a müstevda'-ı sânî yedinde telef olduğu beyâniyle, ber-vech-i bâlâ zamânı iddia ettiği halde, müstevda'-ı evvel, müstevda'-ı sâni vedî'ayı kendisine redd ve iade ettikden sonra telef olduğunu iddia etse, bilâ beyyine tasdik olunamaz; ve söz ma'a'l-yemîn mâlikindir. Çünkü müstevda', kendi üzerine zamânı iktizâ ettiren sebebi, yâni bilâ-izin gayra îdâ'ı ***ikrâr*** etmekte olup, bundan sonra da'vâ-yı berâetde beyyinesiz tasdik olunamaz. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)* (787. ve 789. maddelerin şerhine bak.)

Amma vedî'a, müstevda'dan gasb olunduktan sonra müstevda', "Vedî'a bana redd ve iâde olunup, ba'dehü yedimde telef oldu." diye, ve mûdi' "Gāsıb yedinde telef oldu." diye iddia ve ihtilâf ettiklerinde söz müstevda'ındır. Zîra müstevda' zamânı îcâb eden bir şey yapmadığı cihetle, kemâ-kân emîn olmak üzre kalır. Lâkin müstevda'u'l-gāsıb bi'l-ittifak zâmindir.

Yâni İmam-ı A'zam ile İmameyn beynindeki sâlifü'z-zikr ihtilâf, müstevda'u'l-müstevda' hakkında olup, yoksa müstevda'u'l-gāsıb hakkında ihtilâf yoktur. Şöyle ki gāsıb, mâl-i mağsubu bir şahsa îdâ' ettikden sonra, onun yedinde telef olduğu sûretde mağsubun-minh muhayyerdir. Dilerse gāsıba tazmîn ettirir de bu takdirde gāsıb müstevda'a rücû' edemez. Meğer ki müstevda' yedinde telefi, onun ta'addîsi veya taksîri ile ola. Ve dilerse müstevda'a tazmîn ettirir de müstevda' dahi gāsıba rücû' eder. (658. madde şerhine bak.) Müstevda' mûdi'in gāsıb olduğunu gerek bilsin ve gerek bilmesin. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Bahr)*

Lâkin mûdi'u'l-gāsıb vedî'a-yı mezkûreyi mûdi'ine redd ve iâde etse berî olur. Nitekim, gāsıbü'l-gāsıb mâl-i mağsubu gāsıb-ı evvele redd etse berî olduğu gibi... *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* (911. maddeye bak.)

İşte *Dürer* ve *Bahr*'da bu vecih üzre yâni müstevda'ın gāsıba ale'l-ıtlâk rücû' edebileceği beyân ve cezm edilmiş olup, lâkin Kuhistanî'nin *Imadiye*'den nakline ve

Bâkānî ve *Bercendî*'nin zikrine göre müstevda'ın gāsıba rücû'ı, müstevda', mûdi'in gāsıb olduğunu bilmediği sûrettedir. (777. madde şerhine bak.)

[**Ve eğer müstevda'-ı sâninin ta'addî ve taksîri ile telef olmuş ise**] müstevda' onu istihlâk etmesi gibi [**mûdi'**] muhayyerdir. [**Dilerse müstevda'-ı sâniye tazmîn ettirir.**] Bu halde müstevda'-ı sâni, müstevda'-ı evvele rücû' edemez. Gāsıbü'l-gāsıb, gāsıb-ı evvele rücû' edemeyeceği gibi. (910. maddeye bak.) [**Ve dilerse müstevda'-ı evvele tazmîn ettirip, o dahi müstevda'-ı sâniye rücû' eder.**] Zîra müstevda'-ı evvel, zâmin olmasıyla, vedî'aya, müstevda'-ı sâniye teslîm ettiği zemâna istinâden mâlik olmuştur.

791. MADDE

[**Müstevda' vedî'ayı**] bilâ-izin [**âhar kimesneye îdâ' edip de**] muahharan vedî'a müstevda'-ı sâni yedinde mevcûd iken [**mûdi'**] bu îdâ'ı [**mücîz olsa, müstevda'-ı evvel aradan çıkıp**] müstevda'-ı sâni yâni [**ol kimse müstevda' olur.**] Yâni doğrudan doğruya mûdi' tarafından o kimesneye îdâ' olunmuş hükmünde olarak müstevda'-ı evvel, aradan bi'l-külliye çıkmış olur.

Şu halde madde-i ânifede beyân olunan zamân, müstevda'-ı evvel üzerine lâzım gelmez. Zîra "İcâzet akvale lâhık olduğu gibi, ef'âle dahi lâhık olur." mes'elesi, bir kā'ide-i fıkhiyedir ki, şu madde kā'ide-i mezkûre üzerine müteferri' bir cüz'dür. (1453. maddeye bak.)

Amma müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara îdâ' edip, müstevda'-ı sâni yedinde telef olduktan sonra mûdi'-i evvel, bu îdâ'ı mücîz olsa, câiz ve bu icâzete binâen müstevda'-ı evvel zamândan berî olur mu? 793. madde şerhinde bir nazîri mezkûrdür.

Kezâ müstevda' vedî'ayı mûdi'in ibtidâen izniyle âhara îdâ' etse, hükmün ber-minvâl-i meşrûh olması, bi-tarîkı'l-evlâdır.

792. MADDE

[**Müstevda' vedî'ayı sahibinin izniyle**] 1- [**isti'mâl edebileceği gibi**] 2- [**îcâr ve**] 3- [**i'âre ve**] 4- [**rehin**] ve 5- bey' ve 6- teslîm ve 7- kendi alacağı için ahz ve takas ve mahsûb [**dahi edebilir**] ki bunlar ber-vech-i âtî tafsîl olunur.

1- İsti'mâl: Müstevda' vedî'ayı sahibinin izniyle isti'mâl ettiğinde, bu isti'mâl isti'âre kabîlinden olur. (765. maddeye bak.)

2- **Îcâr**: Müstevda‘ vedî‘ayı îcâr ettiğinde bu, îcâr ya mûdi‘ için olur ki bu da i‘âre olur. Yâni mûdi‘ müstevda‘a i‘âre eylemiş ve müstevda‘ dahi vedî‘ayı âhara îcârla intifâ‘ eylemiş olur. (765. madde şerhine bak.)

3- **İ‘âre**: Müstevda‘ vedî‘ayı mûdi‘in izniyle ve mûdi‘in namıyla i‘âre ederse müstevda‘ vekîl, yâni resul bi'l-i‘âre olur. (1460. maddeye bak.) Ve eğer mûdi‘in izniyle kendi namiyle i‘âre ederse bu da câiz olur.

4- **Rehin**: Müstevda‘ vedî‘ayı sahibinin izniyle, kendi yâni müstevda‘ın borcu için rehnetse, rehin, müste‘âr kabîlinden olarak tafsîl-i ahkâmı 726. madde ile mevâdd-ı lâhikasında metin ve şerhinde beyân olunmuş idi. Amma mûdi‘ için rehnederse, mûdi‘ tarafından vekîl, yâni resul bi'r-rehn olmuş olur. (1460. maddeye bak.)

5- **Bey‘**: Müstevda‘, vedî‘ayı mûdi‘in izniyle bey‘ ettiğinde, mûdi‘ tarafından bey‘a vekîl olmuş olur. (1452. maddeye bak.) Bu takdirde müstevda‘ akd-i bey‘i mûdi‘a muzâf kılar ise, hukuk-ı akd mûdi‘a âit olduğu gibi müstevda‘ akd-i bey‘i nefsine muzâf kılarsa hukūk-ı mezkûre müstevda‘a aid olur. (1461. maddeye bak.)

6- **Hibe ve teslîm**: Müstevda‘ vedî‘ayı mûdi‘in emir ve izniyle, 1470. madde vechile, âhara hibe ve teslîm edebilir. (1459. maddeye bak.)

7- **Takas ve icrâ-yı mahsûb**: Bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde, cihet-i karzdan on aded Osmanlı altını alacağı olup da, o kimesne ol kimseye vedî‘a tarîkıyla on aded Osmanlı altını i‘tâ ve teslîm ettiğinde, o kimesnenin izin ve rızasiyle, ol kimse mezkûr altınları alacağına takas ve mahsûb edebilir. Ve hîn-i terâzîde, vedî‘a bulunan mezkûr altınlar müstevda‘ın elinde ise, tecdîd-i kabza hâcet olmayarak takas vâki‘ olur. Amma hîn-i terâzîde, vedî‘a bulunan mezkûr altınlar müstevda‘ın yedinde bulunmayıp da belki hânesinde bulunsa, ol kimse tecdîd-i kabz etmezden evvel takas vâki‘ olmaz. (262. madde şerhindeki fâideye bak.) Lâkin bilâ terâz takas vâki‘ olmaz.

[**Amma sahibinin izni olmaksızın**] 1- İsti‘mâl ve 2- [**âhara îcâr**] ve 3- [**veya**] âhara [**i‘âre ve**] 4- [**veya**] âhara [**rehin**] ve 5- âhara bey‘ ve teslîm ve 6- âhara hibe ve teslîm ve 7- alacağına takas ve mahsûb edemez ki, bu tasarruflardan birini yapsa zamân lâzım geleceği fıkra-i âtiyede beyân olunuyor.

Tafsîlü'l-esbâb:

İsti‘mâl edemez. Zîra isti‘mâl-i mezkûr gayrin malında bilâ-izin tasarruf olup, bu ise *Mecelle*'nin 96. maddesi hükmünce câiz değildir. İmdi, sahibinin izni olmaksızın, müstevda‘ vedî‘ayı bizzat isti‘mâl edemeyeceği gibi, âhara dahi isti‘mâl ettiremez. Bu fıkrada isti‘mâlin adem-i cevâzı zikrolunmaması 787. maddenin ikinci misâlinde mezkûr bulunmasına mebnîdir.

İstisna: Vedî'anın bilâ-izin isti'mâl edilememesi mes'elesinden âtî'z-zikr mes'ele müstesnâ bulunmuştur. Şöyle ki bir kimseye kütüb-i ilim îdâ' olunduğunda, müstevda' ol kütübe nazar ve onu mütâla'a edebilir; eğer nazar ve evrakının taklîbi kütüb-i mezkûreye muzırr değil ise. Ve bu nazar gayrin haitıyla istızlâl ve ateşiyle istizâe kabîlinden olur. Nitekim müstevda' vedî'a olan Mushaf-ı Şerîf'den kırâet edebilir. Binâenaleyh hâl-i kırâetinde telef olsa zamân lâzım gelmez. Zîra müstevda'ın bu vechile tasarrufa velâyet ve iktîdârı olup, cevâz-ı şer'î ise zamâna münafidir. *(Dürr-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

2- Âhara îcâr edemez. Zîra icâre akd-ı lâzım iken, îdâ' akd-i gayr-i lâzım olmakla, müstevda' icâreye mâlik olsa veya "***lüzûm mâ lâ yelzem***" lâzım gelir. Yâni akd-i vedî'a, akd-i lâzım değil iken, lâzım olmasını mûcib olur. Yahud "***adem-i lüzûm-i mâ yelzem***" lâzım gelir. Yâni icâre lâzım iken, lâzım olmaması lâzım gelir.

İmdi müstevda' vedî'ayı kendi menâfi'i için bilâ-izin îcâr edemeyeceği gibi, mûdi' için dahi îcâr edemez. (96. maddeye bak.)

3- İ'âre edemez: Zîra müstevda' vedî'anın menâfi'ine mâlik olmayıp i'âre ise temlîk-i menâfi'den ibâret olmakla, bir kimsenin mâlik olmadığı bir şeyi âhara temlîk etmesi mümkün değildir.

4- Âhara rehnedemez: Zîra rehin îfâ-yı hükmî olup, bir kimse diğer kimesnenin malıyla, mal sahibinin emri olmaksızın kendi borcunu îfâ edemez.

İmdi müstevda' vedî'ayı bilâ-izin kendi borcu veya ecnebî bir adamın deyni için rehnedemeyeceği gibi, mûdi'in borcu için dahi bilâ-izin rehnedemez. Zîra, rehin akd-i lâzım olup vedî'a ise akd-i lâzım değildir.

5- Bey' ve teslîm: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara bey' ve teslîm edemez. (96. maddeye bak.) Ederse bey' fuzûli olur. (368. maddeye bak.)

6- Hibe ve teslîm: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara hibe ve teslîm edemez. (96. maddeye bak.) Zîra 857. madde hükmünce vâhibin mâl-i mevhûba mâlik olması şarttır.

7- Takas ve mahsûb: Müstevda' vedî'ayı kendisinin mûdi'de olan alacağına mukābil ahziyle, takas ve mahsûbunu icrâ edemez. Velev ki vedî'a ile alacağı cins-i vahid buluna. Şöyle ki, bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde elli altun alacağı var iken, ol kimesne o kimseye elli altını îdâ' eylese, bilâ terâz deyne mezkûrla takas vâki' olmaz.

Bilâ-izin isti'mâl veya îcâr veya i'âre veya rehin ve teslîm veya bey' ve teslîm veya hibe ve teslîm [**edip de vedî'a**] hâl-i isti'mâlinde müstevda' yedinde yahut [**müste'cir veya müste'îr yahut mürtehin**] yahut müşteri veya mevhubün-leh [**yedinde**] velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr [**telef veya zâyi' olsa yahut kıymetine noksan gelse müstevda'a zamân lâzım**

gelir.] Zîra bunlar, gayrin mülkünde bi-dûni'l-izin tasarruf olmakla mûcib-i zamândır. (96. maddeye bak.)

Tafsilü'z-zamân:

1- İsti'mâl: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin isti'mâl ederken telef olunca zamân hasran müstevda'a lâzım gelir. Bu isti'mâl mes'elesi, 787. madde misâlinde sarâhaten gösterildiği cihetle burada zikrolunmamış ise de hüsn-i mukâbele için şerhan zikrolundu.

2- Îcâr: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara îcâr ve teslîm ettiği sûretde vedî'a yed-i müste'cirde telef olduğunda mûdi' muhayyerdir. Dilerse gāsıb hükmünde olmak mülâbesesiyle müstevda'a tazmîn ettirir. Bu sûretde müstevda' müste'cire rücû' edemez; eğer yed-i müste'cirde telefi bilâ-ta'add velâ taksîr vukū' bulmuş ise. (600. ve 601. ve 831. maddelere bak.) Ve dilerse gāsıbü'l-gāsıb hükmünde olmak cihetiyle müste'cire tazmîn ettirir.Ve müste'cirin, mûciri bulunan müstevda'a mürâca'at eylemesi mes'elesi için 658. madde şerhine mürâca'at oluna.

3- İ'âre: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin i'âre edip de müste'îr yedinde telef olduğunda mûdi' muhayyerdir. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir ki bu halde müstevda', müste'îre mürâca'at edemez; eğer bilâ-ta'add velâ taksîr telef olmuş ise. Zîra müstevda' zamân sebebiyle müste'âra mâlik olup, müste'âr ise 813. madde hükmünce yed-i müste'îrde emanettir. Ve dilerse müste'îre tazmîn ettirir ki, bu halde dahi müste'îr müstevda'a mürâca'at edemez. (658. madde şerhine bak.)

4- Rehin: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara rehin ve teslîm ettiğinde, mûdi' mücîz olmadığı takdirde, vedî'a mevcûd ise, aynen mürtehinden istirdâd edebileceği gibi, telef olmuş ise mûdi' muhayyerdir. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir. Bu sûretde müstevda', mürtehine bâliğan ma belağ kıymetini tazmîn ettiremeyip vedî'anın yed-i mürtehinde telefi bilâ-ta'add olmuş ise ancak 741. madde şerhindeki lâhıkada zikrolunduğu üzre deyn sâkıt olur. Ve dilerse mürtehine tazmîn ettirir. Mürtehine tazmîn ettirir ise o da müstevda'a rücû' eder. (701. madde şerhine bak.)

5- Bey' ve teslîm: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara bey' edip de ba'de't-teslîm yed-i müşteride telef olunca mûdi' muhayyerdir. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir ve o halde bey' nâfiz olur. Ve ister ise müşteriye tazmîn ettirir de o da müstevda'a rücû' eder. (658. maddeye bak.)

6- Hibe ve teslîm: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izin âhara hibe ve teslîm edip de, mevhûbün-leh yedinde telef olduğunda mûdi' muhayyerdir. Dilerse müstevda'a tazmîn ettirir. Bu sûretde müstevda' mevhûbün-lehe rücû' edemez. Ve dilerse mevhûbün-lehe tazmîn ettirir. Bu takdirde mevhûbün-leh müstevda' rücû' edemez. (658. madde şerhine bak.)

7- **Takas ve mahsûb**: Müstevda' vedî'ayı alacağına takas için ahz ettiğinde yedinde mevcûd olunca mûdi' istirdâd eder ise de müstevda' istihlâk etmiş ve müstehlek deyn cinsinden bulunmuş olunca, artık miktar-ı deyn ile takas vâki' olup tazmîne mahal kalmaz.

793. MADDE

[**Müstevda', emânet akçeyi**] veyahut misliyyattan bulunan emânet diğer bir malı [**bilâ-i-zin âhara ikraz ve teslîm edip de sahibi**] yâni mûdi' mezkûr vedî'ayı, yed-i müstekrızda aynen mevcûd olduğu halde [**mücîz**] olur ise icâzet câiz ve [**olmasa müstevda' ol akçeyi**] yahut o malı [**zâmin olur.**] da bu takdirde ol karz, müstevda'ın mülkü yâni zamânı sebebiyle müstevda' ona mâlik olur.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Akçe: Bu ta'bir ihtirazî olmayıp, ikrâzı sahîh olan umum-ı misliyyattaki hüküm, minvâl-ı meşrûh üzredir. Emanet arpa, buğday gibi mekîlât, ve dakîk ve saman gibi mevzûnât, ve ceviz ve yumurta gibi adediyyât-ı mütekāribede dahi hüküm böyledir.

2- Sahibi mücîz olmasa: Zîra sahibi mücîz olur ise karz sahîh ve mukrız, rabbü'l-mal yâni mûdi' olup, ol karzın müstakrızdan istifası mûdi'a aid olur. (1460. maddeye bak.) Fakat bu icâzetin sıhhâtînde ol vedî'anın yed-i müstakrızda aynen mevcûd olması şart olup, müstakrız onu istihlâk ettikten sonra mûdi' bu ikrâzı mücîz olsa icâzet sahîh olmadığından mûdi' yine müstevda'a tazmîn ettirir. Nitekim mûdi'in ibtidâen emriyle müstevda' onu âhara ikraz etse câiz olduğu gibi. (1459. maddeye bak.)

3- Müstevda' zâmin olur: Bu ta'bir kābızdan ihtiraz için değildir. Zîra mûdi' ol akçeyi veya diğer malı kābıza dahi tazmîn ettirebilip bu halde dâfi' yâni müstevda' berî olur. (1635. maddeye bak.) Nitekim mezkûr akçe veya mal yed-i müstakrızda aynen mevcûd olsa, mûdi' onu aynen istirdâd edebilir.

Fakat mezkûr akçe kābız yedinde aynen mevcûd iken, sahibi müstevda'a tazmîn ettirebilir mi? (1635. maddeye bak.)

[**Kezâlik**] müstevda' [**kendisinde vedî'a olan akçe ile sahibinin**] yâni mûdi'in [**âhara olan deyni edâ ettikde sahibi**] yâni mûdi' [**râzı olmasa zâmin olur.**] Yâni sahibi muhayyer olur. Dilerse edâ ve kazâyı mücîz olur. Bu sûretde mûdi' müstevda'dan bir şey taleb edemez. Ve ister ise mücîz olmaz. Bu takdirde müstevda'a vedî'asını tazmîn ettirir. Bu halde dâyine verilen para onun olur. Yâni alacağını istifa eylemiş olur da müstevda' "Bu meblağ ile borcunu îfâ ettim." diye mûdi'a rücû' edemeyeceği gibi, dâyine dahi mürâca'atla istirdâd edemez. Zîra müstevda' edâ-yı deyn ile müteberri' olur. *(Velvaliciyye fi'l-fasli'l-hâmis min edebi'l-kādî)* (787. madde şerhine bak.)

Bu fıkrada iki mes'eleye işaret vardır.

Mes'ele-i ûlâ: "Eda ettikde" ibaresi delalet eder ki müstevda' rızasıyla edâ etmiştir. Amma dâyinin alacağını, eğer ol vedî'a cinsinden ise dâyin-i merkūm zafer bulduğunda alacağına kâfi miktarı müstevda'den cebren ahz edebilir. Her ne kadar müstevda'ın vermesi câiz değilse de *(Kifaye fi'l-vedî'a)* Ve bu halde müstevda'a zamân lâzım gelmez.

Mes'ele-i sâniye: "Sâhibi râzı olmasa" ibaresiyle işaret olunuyor ki, sâhibi bulunan mûdi' ber-hayattır. Amma sâhibi fevt olmuş ise müstevda', ol vedî'ayı müteveffa-yı mûdi'in dâyini bulunan şahsa deyn-i mezkûr ma'rûf ise, edâ-yı deyn için verebilir. Zîra müstevda' bir fi'ili yapmıştır ki, onu müteveffânın vasisi yapacak idi. *(Velvâliciyye fi'l-fasli'l-hâmis min edebi'l-kādî)* (892. madde şerhine bak.)[5]

Nitekim müteveffânın bir kimesne zimmetinde on altun alacağı ve bir şahsa on altun borcu olup da o kimesne "Müteveffânın bende olan alacağı için ve onu îfâ maksadiyle şu on altını müteveffânın dâyini bulunan şu şahsa veriyorum." diye verir ise câiz olur. Ve illa müteberri' olup, müteveffânın terekesine dahi borcu vermesi lâzım gelir. *(Mine'l-mahalli'l-mezbur.)*

794. MADDE

[**Vedî'ayı sâhibi**] veya vekîl veya resûlü [**taleb ettikde**] redd ve teslîme muktedir ise, bi-ayniha ol vedî'anın [**kendisine**] veya vekîline veya resûlüne [**redd ve teslîmi lâzım gelir.**] Zîra sâhib-i vedî'a tarafından, vedî'asının kendisine teslîmi taleb olunması akd-i vedî'anın feshi demek olup, akd-i vedî'a ise ukūd-ı gayr-i lazimeden olmakla, mûdi'in buna hakkı der-kârdır.

Îzâhu'l-kuyûd

1- Taleb: Burada sâhibinin talebi mutlak olarak zikrolunmasından müstebân olur ki, gerek bizzat taleb etsin ve gerek vekîl veya resûl gönderip de vekîl veya resûl-i merkūm ile taleb etsin, redd etmesi lâzım gelir. Nitekim âtîde tafsîl olunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

2- Kendisine: Vekîline veya resûlüne dahi redd olunabilip, binâenaleyh bu ta'bir vekîl veya resûlden ihtiraz için değildir. Şöyle ki, sâhib-i vedî'a , vedî'ayı filan kimseye vermesini müstevda'a emrettiğinde ona vermesi lâzım gelir. Ve ol kimseye ver-

---

5 لانه قضى الى من له الحق وهو غريم الميت وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين, تكملة رد محتار.

diğinde, müstevda'-ı evvel berî olup, sâhibi onu istirdâd etmek istediğinde, müstevda'-ı evveli istirdâd-ı mezkûre mecbur edemez.

Mûdi'in ıyâline veya menziline redd:

Fakat, sâhib-i vedî'anın oğlu ve zevcesi gibi ıyâline ve menziline bilâ-emri'l-mûdi' vedî'a redd olunup olunmamasında iki kavil vardır. Bir kavle göre redd olunabilip, bu vecihle ıyâlü'l-mâlike redd, mâlike redd gibi olup, bu redd îdâ' olmaz. Lâkin gāsıb, mâl-i mağsubu mal sâhibinin ıyâlinde bulunanlardan birine redd ve iâde etse berî olmaz.

Bu takdirde vedî'a bunların yâni kendisine redd olunan ıyâllerden biri yedinde telef olsa, müstevda'a zamân lâzım gelmez. Bu kavle göre, bu maddede "kendisine" denilmesi ıyâlinden ihtirâz için olmaz. İkinci kavle göre, ıyâline veya menziline redd olunamaz. Redd olunup da bunların yedinde telef olsa müstevda' zâmin olur. Nitekim madde-i âtiye şerhinde tafsîl olunur. Lâkin *Mecelle*'nin zâhir ibaresi kavl-i evvelin tercihine delâlet ediyor.

Sûret-i Redd-i vedî'a:

Redd ve teslîm-i vedî'a dahi müstevda'ın vedî'ayı tahliye etmesiyle, yâni kabzedebilecek hale getirip de kabza ruhsat vermesiyle hâsıl olur. Önüne yâni kabz edebilecek bir mahalle koyup da kabz et demek gibi.

3- Redd: Bu ibare ile işaret olunuyor ki mûdi' vedî'anın kendisine hamlini yâni mesela hânesine naklini taleb etmekle, müstevda' nakl etmese, yâni nakilden imtinâ' etse de ba'dehü yedinde telef olsa zamân lâzım gelmez. Zîra me'ûnet-i redd mâlik üzerine olup, müstevda' üzerine tahliyeden başka nesne lâzım gelmez. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr).***

4- "Muktedir ise" denildi; ki bunun muhterezün-anhı âtîde *Mecelle*'de mezkûrdür.

5- Şerhan "Bi-ayneyha" denildi. Zîra mesela müstevda' yedinde bulunan akçe kâsid olsa, aynen ol akçenin sâhibine reddi lâzım gelir. Yoksa sâhibi mezkûr akçe kâsid olmakla, "Almam, bedelini isterim." diyemez. Hatta vedî'a meselâ kavaim-i nakdiye olup da, mûdi' gāib olduğu bir zemânda kavâim-i mezburenin tedavülü men edilse mûdi' raic iken istibdal etmedin diye tazmîni taleb eyleyemez. Nitekim müstevda' vedî'ayı aynen vermeyip mislini veririm dese, iltifat olunmayıp mevcûd olunca aynen vermeğe mecburdur. Mesela müstevda' yedindeki vedî'a altınları bi't-tevkîf onun mislini mûdi'a verecek olduğunda mûdi'in almamağa ve ayn-ı vedî'ayı taleb etmeğe hakkı vardır. Zîra 243. madde şerhinde zikrolunduğu üzre nükūd, emânâtta tayîn ile taayyün eder.

Mûdi'in talebi ve müstevda'ın inkârı:

Vedî'ayı mûdi' taleb ettiğinde müstevda' kendisine öyle bir mal îdâ' olunduğunu inkâr etse, söz ma'a'l-yemîn müstevda'ın olur. (78. maddeye bak.) Bu halde müstevda' yemînden nukûl etse zamân lâzım geleceği gibi, mûdi' ikāme-i beyyine edecek olsa yine zamân lâzım gelir. (901. maddeye bak.)

Vedî'anın kıymetinde ve miktarında ve vasfında ihtilâf olunduğunda söz yine müstevda'ındır. (78. maddeye bak.) Nitekim bir kimse diğer kimesneye kilitli bir sandık îdâ' edip de ba'dehü kabz ettiğinde "Mezkûr sandıkda şu makule eşyam noksandır." diye o kimesneden da'vâ ve o kimesne, "O makūle eşya mezkûr sandıkta bulunduğunu bilmem." dese, o kimesneye zamân veya yemîn lâzım gelmez. Belki ol kimse, o makūle eşya îdâ' ettiğini yahut o kimesnenin istihlâk ve tazyî' eylediğini iddia eylemesi lâzım gelir.

Kezâ bir kimse diğer kimesneye kese içinde olarak ve sayılmayarak para îdâ' edip de muahharan mûdi' para şu kadar ziyade idi diye iddia etse, müstevda'a bir şey lâzım gelmez. Meğer ki şu kadar ziyade idi ol ziyadeyi sen tazyî' yahut şu vecihle hıyanet eylemiştin diye iddia ede. Müstevda' vedî'ayı kabz ettiğini ***ikrâr***dan sonra şu ***ikrâr***ında kâzib olduğunu iddia etse, müstevda' tahlif olunur. (1589. maddeye bak.)

Müstevda'ın redd ettiğini veya telef olduğunu iddiası:

Müstevda' vedî'ayı redd eylediğini, yahut yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunu iddia etse, yemîniyle tasdik olunur. (1774. maddeye bak.) Ve yemîn etmeden fevt olduğunda, varisine yemîn verilemez.

[**Ve redd ve teslîm-i**] vedî'anı [**n me'ûneti, yâni külfeti ve masrafı mûdi'a aid olur.**] (797. maddeye bak.) Zîra kā'idedir ki bir malın kabzı kimin menfa'ati için ise, ol malın redd ve iâdesi ona aid olur. Çünkü 88. madde hükmünce garâmet ganimete göredir.

İşte vedî'anın kabzı mûdi'in menfa'ati için olduğu cihetle şu kā'ideye binâen me'ûnet-i reddi mûdi'a aid olduğu gibi, müste'ârın kabzı müste'îrin menfa'ati için olduğu ecilden kā'ide-i mezkûreye mebnî onun me'ûnet-i reddi 830. maddede zikrolunduğu üzre müste'îre aid olur.

594., 595. ve 890. maddeler şu kā'ide üzerine müteferri' olduğu gibi 723. madde şerhinde zikrolunduğu üzre rehnin me'ûnet-i reddi mürtehine aid olması dahi bu kā'ide üzerine teferru' eder.

Bu cihetle mûdi' müstevda'a, "Vedî'ayı bugün bana getiriver." deyip, müstevda' dahi "Peki." dediği halde ol gün getirmeyip ferdası gün bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa

zamân lâzım gelmez. Zîra müstevda' üzerine lâzım gelen tahliyeden ibâret olup, yoksa bir mekândan diğer mekâna naklolunduğundan, peki demesi teberru olmakla infazına ihbar edilemez.

[**Ve mûdi'**] veya vekîli veya resûlü vedî'ayı müstevda'dan [**taleb ettikde müstevda'**] bunlara vermeğe muktedir iken [**vermeyip de vedî'a telef veya zâyi' olsa**] ba'de't-taleb, vermemek ta'addî olmakla [**zâmin olur.**] *(Bahr)* Ve bu takdirde yâni ba'de't-taleb vermediği sûretde müstevda' vedî'ayı sâhibine salimen redd ve iâde etmedikçe zamândan berî olmaz. (787. madde şerhine bak.)

Hulâsa, taleb-i vedî'a üç türlü olabilir.

1- Bizzat mûdi'in taleb etmesidir. Bu takdirde müstevda'ın redd eylemesi lâzım gelir. Redd etmeyip de telef olduğu sûretde zâmin olur. Bu cihetle mûdi' vedî'ayı taleb etdiğinde müstevda' "Şimdi ihzar etmeğe iktidârım yoktur." demesi üzerine mûdi' bırakıp gittiğinde rızasıyla bırakıp gitmiş ise, akd-i vedî'a müceddeden inşa edilmiş olacağından bundan sonra vedî'a telef olsa müstevda'a zamân lâzım gelmez; amma rızası olmayarak bırakıp gitse müstevda' zâmin olur.

Şu kadar ki vedî'ayı taleb eden mûdi'in vekîli olunca vekîl-i merkūmun inşa-yı akd-i vedî'aya me'zuniyyeti olmamakla her halde zamân lâzım gelir. *(Bahr)*

Nitekim, iki kimse beyninde müşterek olan bir at, hissedârândan biri yedinde bulunmakla diğeri kendi nevbetinde intifâ' etmek üzre istediği halde vermeğe muktedir iken vermeyip de yedinde telef olsa hissesini tazmîn ettirebilir.

2- Mûdi'in vekîlinin taleb eylemesidir. Bu sûretde dahi müstevda'ın redd eylemesi lâzım gelir. Redd eylemeyip yedinde telef olsa zâmin olur.

Mesela, mûdi' müstevda'a "Vedî'ayı hizmetkârıma ver." dedikten sonra, hizmetkâr müstevda'dan ol vedî'ayı taleb ettiği halde, vermeyip de yedinde telef olsa zâmin olur.

Fakat vekîlin vekâleti beyyine ile sâbit olmalıdır ki, ta ona def'a müstevda' mecbur olsun. Eğer vekâleti beyyine ile sâbit olmayıp da müstevda'ın tasdîki ile sâbit olursa, müstevda' ona teslîme mecbur olmadığı gibi müstevda', "vekîlim" istîdâ'sında bulunan kimsenin vekâletini tasdik veya tekzîb etmeyip sükût veya tekzîb etse, bi'l-evlâ redde mecbur olmamakla bu halde vermeyip de yedinde telef olsa zâmin olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

El-hâsıl, bir kimse müstevda'a gelip mûdi' canibinden kabz-ı vedî'aya vekîl olduğunu beyân ve müstevda' dahi ol kimsenin vekâlet-i mezkûresini tasdik etse bile

vekîl-i merkūma redd ile emrolunamaz. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim vekâleti tekzîb veya sükut etse def' ile cebrolunamayacağı gibi.

Lâkin bir kimse, kabz-ı deyne dâyin tarafından vekîl olduğu beyânıyla, deyni medyûndan taleb edip, medyûn dahi vekâleti tasdik etse îfâ-yı deyn eylemesi lâzım gelir. Yâni medyûn buna cebr olunur. Fark şudur: Medyûnun deyndeki bu vecihle ***ikrârı***, kendi mülkünde ***ikrâr*** olmakla sahîh olur. Amma vedî'adaki ***ikrâr*** gayrin mülkünde bulunmakla ***ikrârı*** sahîh olmaz.[6]

Kezâlik mûdi' "Ma'lûm üç vekîlimden hangisini gönderir isem vedî'ayı ona ver." deyip de vekîllerden birisi vedî'ayı istediği halde müstevda' diğer vekîle i'tâ edeceğim diye taleb eden vekîle vermese de zâyi' olsa zâmin olur. Zîra mûdi' veya vekîli vedî'ayı taleb etdiğinde artık ondan sonra müstevda'ın vedî'ayı imsak etmesine rızası bulunmaz. Ve taleb-i mezkûr mûdi' tarafından fesh-i akd-i vedia addolunur. *(Mecma'u'l-enhur)*

3- Mûdi'in resûlünün taleb etmesidir. Bu sûretde dahi resûlün risâleti sâbit olunca müstevda'ın ona redd eylemesi lâzım gelir. Hatta müstevda' "Bizzat mûdi'a vereceğim." diye resûl-i merkūma vermese de vedî'a yedinde telef olsa zâmin olur.

Amma müstevda', resûlüm diyenin risâletini inkâr yahut resûl olduğunu bilmediğini beyân etse de o da risâletini isbat edememekle vermese zâmin olmaz.

Nitekim mûdi', müstevda'a "Sana şöyle bir alâmeti kim haber verirse ona vedî'ayı ver." deyip de, bir şahıs müstevda'a öyle bir alâmeti haber vermekle, müstevda' tasdik etmediği cihetle vedî'ayı vermese zamân lâzım gelmez. Zîra câiz ki mûdi'in resûlünden başka bir kimesne öyle bir alâmeti haber vere. Meğer ki mezkûr alâmet mûdi'in olduğunu şahs-ı merkūm isbat ede. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve fîhi tafsîlü'l-mes'ele ve Ankaravî).*

Müstevda'ın resûle verdim demesi: Müstevda' mûdi'a "Senin resûlün geldi vedî'ayı ona verdim." deyip de mûdi' onun kendi resûlü olduğunu inkâr ettiğinde müstevda' isbat ederse fe-bihâ. Ve illa mûdi'a yemîn verir. Yemînden nükul ederse risâlet sâbit olur. Amma yemîn ederse müstevda' vedî'ayı zâmin olur. Ve müstevda' resûlün risâletini tasdik etmiş ise zâmin olduğu şeyle resûle mürâca'at, yâni resûl-i merkūma tazammun ettiremez. Ancak âti'z-zikr üç sûretde tazmîn ettirir.

---

6 ولو اقر بالوكالة وانكر المال لا يصير خصما ولا تقبل البنية على المال الا ان تقع البنية على الوكالة ولو اقر بالمال وانكر الوكالة لا يحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالة اذا الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح اذ لم تثبت وكالته فلم يصر خصما لا اذا قامت البنية على الوكالة والمال يقبل عند ابى حنيفة بناء على ان وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده, تكملة رد محتار في آخر الوديعة.

Sûret-i ûlâ: Müstevda' resûlü tekzîb yâni resûl olmadığını beyânıyla beraber vedî'ayı ol resûle verirse müstevda' dahi ba'de'z-zamân ol resûle rücû' eder.

Sûret-i sâniye: Müstevda' resûlü tekzîb ve tasdik etmeyerek vedî'ayı ol resûle verirse müstevda' dahi ol resûle rücû' eder.

Sûret-i sâlise: Müstevda' ol resûlü tasdik yâni mûdi' tarafından gönderilmiş olduğu beyânıyla beraber, şayet mûdi' inkâr birle kendisine tazmîn ettirir ise, kendisi de ol resûle tazmîn ettireceğini şart eyler ise, yine ol resûle rücû' eder. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve fîhi tafsîl ve îzâh).***

[**Fakat**] müstevda' redd-i vedî'adan iki mes'elede imtinâ' edebilir.

Mes'ele-i ûlâ: Müstevda' redd-i vedî'adan acz-i hissî veya manevî ile âciz olur ise redden imtinâ' edebilir.

Acz-i hissî: [**Hîn-i talebde vedî'a uzak mahalde bulunmak**] ve acz-i manevi ve vakt-i taleb ve vakt-i fitne olmakla müstevda' nefsînden veya vedî'a kendi malıyla medfun olmak gibi malından korkmak [**gibi bir özürden nâşi veremeyip**] yâni a'zar-ı mezkûreden dolayı vermekten âciz olmakla vermeyip ondan sonra vedî'a yedinde [**telef veya zâyi' olmuş ise, o halde zamân lâzım gelmez.**]

Mes'ele-i sâniye: Sâhib-i vedî'a vedî'asını talebde zâlim ise müstevda' redden imtinâ' edebilir. Şöyle ki vedî'a meselâ kılıç olup da, mûdi' birine vurmak üzre kılıcı istese, müstevda' i'tâdan imtinâ' edebilir. Mûdi' kılıçla birine vurmak re'yini terkle vech-i mübahla intifâ' edeceği ma'lûm oluncaya dek müstevda' redd-i vedî'adan imtinâ'da devam edebilir. Hatta vech-i mübahla intifâ' mı edecek, yahut reyi ûlâ vechile birine mi vuracak, bunda müstevda' şekk eylese yine redd-i vedî'adan imtinâ' eder. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr)***

Nitekim bir kadın zevcinden alacağını aldığına veyahut filan mal zevcinin olduğuna dair ***ikrâr***ını mübeyyin bir sened tanzim edip hastalandığı sırada fevtinden sonra zevcine verilmek üzre mezkûr senedi bir şahsa îdâ' edip de ba'dehü kesb-i âfiyet etmekle mezkûr senedi ol şahısdan almak istese, zevc-i merkūmun hakkı zâyi' olmasın için şahs-ı merkūm zevc-i mezburun izni olmaksızın mûdi'a olan zevceye o senedi iâdeden imtinâ' edebilir.

Müstevda'ın tenâkuz eylemesi mûcib-i zamândır. Şöyle ki: mûdi' vedî'ayı taleb ettiğinde, müstevda' "Yarın vereyim." veya "Yarın al." deyip de ba'dehü müstevda' vedî'anın bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olduğunu iddia ettiğinde, ne vakit telef veya zâyi' olduğu müstevda'dan suâl olunur. Eğer, yarın al veya yarın vereyim diye ikrârından sonra zâyi' olduğunu söyler ise, zamân lâzım gelmez. Zîra tenâkuz

yoktur. Amma ondan evvel telef olduğunu beyân eyler ise zamân lâzım gelir. Zîra yarın al, demesi ol vakit vedî'anın mevcûd olduğunu ikrâr olup muahharan zâyi' oldu, demesi tenâkuzdur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Ve mûdi' vedî'ayı taleb ettiğinde müstevda' inkâr ettikten sonra ba'de'l-inkârı'l-mezkûr iâde ettiğine ikame-i beyyine etse kabûl olunur. Nitekim kable'l-inkâr iâde ettiğine ikame-i beyyine edip de inkârımda hata ettim veya unuttum diye te'vil etse yine kabûl olunur.

Amma mûdi', vedî'ayı taleb ettiğinde müstevda' "Sen bana asla bir şey îdâ' etmedin." dedikten sonra "Evet bana îdâ' ettin idi lâkin sana redd ettim." veya "Yedimde bilâ-ta'add velâ taksîr telef oldu." diye iddia etse kabûl olunmaz. ancak "Senin bende hiçbir şeyin yoktur." dedikten sonra ber-vech-i mezkûr sâhibine reddi veya telefi iddia etse kabûl olunur. Zîra ba'de'r-redd yahut ba'de't-telef vedî'a müstevda' yedinde olmayacağından müstevda'-ı mezkûr sözünde sadıktır.

Ve müstevda', vedî'ayı inkâr etmekle mûdi' ikame-i beyyine ettikten sonra müstevda' zâyi' olduğunu bi'l-iddia isbat etse bile yine zâmin olur. Zîra şuhûd-ı helâke şahâdet etmiş olup, helâk ise mutlaktır. Şöyle ki: Kable'l-cuhûd helâke muhtemeldir ki bu sûretde zamân yoktur ve ba'de'l-cuhûd helâke muhtemeldir ki bu takdirde zamân vardır. Çünkü mazmûnun helâki takarrur-ı zamânı îcâb eder, yoksa sükût-ı zamânı iktizâ eylemez. Bu halde vukū'-ı zamândan sonra zamânın sükūtunda şekk vâki' olmuş demek olup şekk ile ise yakîn zâil olmaz. *(Kutlubuğâ fi'l-vedî'a)*

795. MADDE

[**Müstevda', vedî'ayı bizzat yahut**] **1**- Hıfza muktedir, **2**- [**emîni ile**], **3**- kendisine yâni mûdi'a [**redd ve teslîm eder.**] Zîra müstevda' vedî'ayı 780. madde hükmünce kendi emîniyle hıfz etmesi câiz olduğu gibi onun yediyle redd eylemesi dahi câizdir.

İzahu'l-kuyud:

1- "Hıfza muktedir." denildi. Zîra müstevda', vedî'ayı hıfza muktedir olmayan sağîr ile redd edip de sağîr-i merkūm yedinde telef olsa, müstevda'a zamân lâzım gelir.

2- "Emîni" lafzı mutlak olarak zikrolunmasıyla anlaşılıyor ki emîn-i merkūmun müstevda'ın ıyâlinde olması şart değildir. Nitekim 780. madde şerhinde tafsîl olundu.

Müstevda' şu vecihle vedî'ayı redd ettiğinde mes'ûliyetten halâs olur. Hatta bundan sonra vedî'a bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, müstevda' müstahıkka karşı mes'ûl

ve zâmin olmaz. Fakat müstevda‘, mûdi‘in emriyle vedî‘ayı resûle verip de, yed-i resûlde telef olunduktan sonra müstahıkk çıksa, müstahıkk-ı merkūm muhayyerdir. Dilerse mûdi‘a ve dilerse resûle tazmîn ettirir. (910. maddeye bak.)

"Emîni" denilmesinin sebebi şudur: Müstevda‘ vedî‘ayı emîni olmayan bir kimse ile redd edip de, kable'l-vusûl telef olsa zâmin olur. Bu takdirde müstevda‘ "Emînim olmayan filan ile irsal ettim, vusûl buldu." diye iddia ve mûdi‘ vusûlü ikrâr ederse fe-biha; inkâr ettiğinde söz mûdi‘in olup zamân lâzım gelir. Meğer ki müstevda‘ vusûlünü isbat ede. (789. madde şerhine bak.)

Sûret-i Redd-i Vedî‘a:

Müstevda‘ın redd-i vedî‘ayı tahliyeden ibâret olup yoksa müstevda‘ vedî‘ayı mûdi‘in hânesine nakle mecbur olmadığı, madde-i ânife şerhinde îzah olunmuş idi.

3- "Mûdi‘a" denildi. *Mecelle*'de vedî‘a kime redd olunacağı yâni bizzat mûdi‘a redd edilmek lâzım olduğu, yahut hem mûdi‘a hem de ıyâlinde bulunanlara redd olunmak câiz olduğu beyân edilmemiştir. Binâenaleyh bunun îzahına mübâderet olunur. Şöyle ki, bu mes'elede iki kavil vardır.

Kavl-i Evvel: Bizzat mûdi‘a reddedilmek lâzımdır. Yâni vedî‘a müste‘âra yâni 829. maddeye makîs olmayıp bizzat mûdi‘a redd edilmek lâzım gelir ki, sâhib-i *Bahr* dahi kitâbının bir mevzûunda bunu tercih ederek demiştir ki; mûdi‘in menziline veya ıyâline redde örf cârî olmamıştır. Ve bu sûretde mûdi‘in bu redde rızası yoktur. Çünkü eğer bunlara redde rızası olsa idi mûdi‘ vedî‘ayı bu müstevda‘a îdâ‘ etmez idi. *Camiu'l-fusûleyn* sâhibi "ve bihi yüftâ" ibaresiyle bu kavli tercih eylemiştir. *Cevâhiru'l-fıkıh* nam kitâbda dahi bu kavil kabûl edilmiştir. *Mecelle*'nin 794. maddenin zâhiri bu kavlin tercihine delâlet ettiği o maddede beyân olundu.

Kavl-İ Sâni: Bizzat mûdi‘a ve mâlike redd edilmeyip de onun ıyâlinde bulunana dahi redd edilmek câizdir ki *Bahr*'ın nakline göre *Hulâsa* sâhibi dahi "ve'l-fetva aleyh" ibâresiyle bu kavli tercih eylemiştir. Nitekim 794. madde şerhinde dahi zikrolunmuş idi.

[**Ve**] müstevda‘ vedî‘ayı [**emîni ile**] sâhibine [**redd ve irsâl ettiği sûretde kable'l-vusûl**] yâni sâhibine varmadan [**vedî‘a bilâ-ta‘add velâ taksîr**] emîn nezdinde [**telef veya zâyi‘ olsa**] müstevda‘ ve emînden birine [**zamân lâzım gelmez.**] (91. maddeye bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Müstevda‘ın bizzat veya emîni ile reddi iddiası ve mûdi‘in inkârı:

Müstevda‘ "Vedî‘ayı kendim veya emînim filan ile sana redd ettim." dediği halde, mûdi‘ inkâr etse 1774. madde hükmünce söz maal-yemîn müstevda‘ın olup yemîn

ebeden nefy üzerine iken, bundaki yemîn isbât üzerine olur. Şöyle ki müstevda' vedî'ayı sâhibine redd ettiğine veya yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğuna yemîn ederse berî olur.

Fakat müstevda' vedî'ayı mûdi'a redd eylediğini yahut bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunu iddia ettikten sonra yemîn etmeden fevt olduğunda, vârise yemîn ettirilmez. (801. maddeye ve şerhine bak.)

Nitekim mûdi' vefat etmekle, vârisi vedî'ayı müstevda'dan taleb ettiğinde hayatında mûdi'a veya ba'de vefâtihi vasîye redd ettiğini iddia etse, söz ma'a'l-yemîn müstevda'ın olur.

796. MADDE

[**İki**] veya ziyâde [**kimse müşterek mallarını**] diğer [**bir kimseye îdâ' ettikten sonra ol şerîklerden birisi gelip de**] yâni hazır olup da [**âharın gıyabında**]-bundaki gıyabdan maksûd mefkūdiyyet değildir- [**hissesini müstevda'dan taleb ettikde, vedî'a eğer misliyyâttan ise müstevda' onun hissesini kendisine verir.**] Bu, İmameyn mezhebi olup *Mecelle* bu kavli ihtiyar eylemiştir. İmam-ı A'zam'a göre bundaki hüküm dahi fıkra-i âtiyedeki hüküm gibidir ki müstevda' mâl-i müştereki taksîme mâlik olmamakla bu vecihle i'tâ edilmek, mülk-i gayra ta'addîdir.

İmameynin delîli şudur: Hazır bilhassa kendisinin müstevda'a verdiği hissesini taleb etmekte olmakla, o da onun hissesini vermeğe mecburdur. Nitekim 1117. maddede zikrolunduğu üzre misliyyât-ı müşterekde müteşârik bulunanlardan her biri, diğerinin gıyâbında ve onun izni olmaksızın, kendi hissesini ahz edebilir. Yani bu vecihle misliyyâttan olan bir mâl-i müşterek mûdi'in yedinde bulunsa, müşârik-i diğer, onun gıyâbında hissesini alabileceği gibi müstevda' yedinde bulunur ise yine almağa hakkı olur. Deyn-i müşterekdeki hüküm ber-vech-i muharrer olduğu 1100. maddede mezkûr bulunmuştur.

İmam-ı A'zam ile İmameyn beynindeki şu ihtilâf misliyyâtta olup yoksa kıyemiyyâtta değildir. Vakı'â bazı meşâyih, ihtilaf-ı mezkûr kıyemiyyâtta dahi cârî olduğunu zikreylemiş ise de bu doğru değildir.

Şerhan dahi işâret olunduğu vechile bu maddedeki "iki" kavli, ihtirâzî olmayıp mûdi', üç veya dört kimse olur ise hüküm yine böyledir. Şöyle ki meselâ mûdi' üç kimse olup, birisi veya ikisi gelerek diğerin gıyâbında misliyyâttan olan vedî'adan hisselerini alabilirler. Ve bu vechile hissesini taleb eden şerîk hâkime mürâca'at etse hâkim hissesini vermesiyle müstevda'a emreder. Hatta üç kimse bir adama misliyyâttan bir vedî'a verip de, "Üçümüz hazır ve müctemi' olmadıkça vedî'ayı birimize verme." diye tembih ettikten sonra, yal-

nız biri gelip de hissesini müstevda'dan alsa, İmam Ebu Yusuf'a göre müstevda'a zamân lâzım gelmez. *(Haniyye).*

Misliyyâttan olan vedi'adan, müte'addid mûdi'lerden birisi hissesini aldığı takdirdeki ahkâm:

Bu maddenin şu fıkrası vechile müstevda' mûdi'-i hâzırın hissesini ona teslîm ettikten sonra, mezkûr hisse kābızın yedinde telef olsa, hasarı bilhassa kendisine aid olur. Diğer mûdi' hazır olduğunda müstevda' yedindeki hisseyi tamamen kendisi ahz ederek evvelce hissesini almış olan mûdi' buna müşâreket edemez. Amma müstevda' hissesini taleb eden mûdi'a def' ve teslîm ettikten sonra diğer hisse müstevda' yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olarak ba'dehü şerîk-i gāib hazır olunca İmam Ebu Yusuf'a göre hükm-i âtî cereyan eder. Şöyle ki şu def' ve teslîm hükm-i hâkim ile olur ise aldığı hisse kābıza kalıp kimseye zamân lâzım gelmez. Ve eğer bilâ hükmi'l-hâkim ise gāib hazır olduğunda muhayyerdir. Dilerse aldığı hissede kābıza müşâreket, yâni aldığı hissenin nısfını kābızdan ahz eyler. Dilerse hissesini müstevda'a tazmîn ettirir. Bu da 91. maddenin müstesnâsı olmuş olur. Bu takdirde müstevda' zâmin olduğu miktar ile kābıza rücû' eder. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Hamevî demiştir ki mûdi'in meselâ iki kimse olması ikisi de vedî'ayı hamil olarak, ikisi de ma'an müstevda'a îdâ' etmeleriyle hâsıl olur. Amma iki kimseden yalnız birisi vedî'ayı müstevda'a îdâ' ettiğinde öbürünün hîn-i îdâ'da hazır bulunması onun da vedî'ada şerîk olmasını iktizâ etmez. Zîra câiz ki o birisi meselâ şahid ola. İntehâ...

Mûdi'in iki kimse olması sûret-i mezkûreye munhasır değildir. Zîra meselâ vedî'ayı iki kişiden yalnız birisi hâmil olup ol iki kişi müstevda'a "Bu mal ikimizin olup, sana vedî'a olmak üzre i'tâ ediyoruz." diye teslîm ettikleri sûretde dahi mûdi' iki kişi olmuş olur.

[**ve**] vedî'a [**eğer kıyemiyyâttan ise**] müstevda' onun hissesini mûdi'a [**veremez.**] Verir ise telef olunca zâmin olur. Hatta hâzır hâkime bi'l-mürâca'at hissesini taleb ettiğinde hâkim, vermesiyle hükmedemez. Ve belki müteaddid mûdi'lerden biri vedî'anın küllisi kendisinin olduğuna yahut arkadaşının vakt-i îda'da mezkûr vedî'anın küllisi kendisinin olduğunu ikrâr eylediğine ikāme-i beyyine edecek olsa, bu beyyine yalnız müstevda' müvâcehesinde kabûl olunmaz.

Vedî'a mislî olunca, hissesinin ehad-i müstevda'ayna verilmesi câiz iken, kıyemî olduğunda verilmesi câiz olmuyor. Beynlerindeki fark şudur. 1117. ve 1118. maddelerde zikrolunacağı üzre mislîde ifrâz ve kıyemîde müba'dele ciheti galib olup, müstevda'ın müba'deleye, yâni yedindeki mâl-i müştereki beyne'l-müşârekeyn taksîme me'zuriyyeti olmamakla kıyemîyi veremez.

Bu misâlde "müşterek mallarını" denildi. Zîra iki kimseden her biri kendi malını başka başka olarak bir şahsa îdâ' ettikten sonra, birisi gelip kendi malını almak istediğinde,

müstevda‘ redd ve iâde etmeğe mecburdur. İkisi de mücerred bir meclisde îdâ‘ ettikleri cihetle diğeri hâzır olmadıkça vermem diyemez. *(Feyziyye)*

797. MADDE

[**Vedî‘ayı**] sâhibine redd ve [**teslîmde mekân-ı îdâ‘ mu‘teberdir.**] Velev ki haml ve me'ûneti bulunmaya; ve müstevda‘ üzerine lâzım gelen 794. ve 795. maddeler şerhlerinde zikrolunduğu vecihle tahliye olup, yoksa bir mekândan diğer mekâna nakil ve îsal değildir. Yâni teslîm tahliye ile tahakkuk eder.

[**Mesela İstanbul'da îdâ‘ olunan metâ‘ İstanbul'da**] berâ-yı [**teslîm**] tahliye [**olunur.**] Yoksa [**Edirne**] ye nakl ile ora [**da teslîm etmek üzre müstevda‘a cebr olunamaz.**] Zîra Edirne'de teslîme cebredilse, me'ûnet-i redd müstevda‘a aid olmak lâzım gelir. Halbuki 794. maddede beyân olunduğu üzre me'ûnet-i redd, mûdi‘a aittir.

Hulâsa-i kelam, mûdi‘ vedî‘ayı mekân-ı îdâ‘da ahz etmeğe mecburdur. Hatta bir kimse diğer kimesneden "Benim sende şöyle bir vedî‘am vardır, onu ver." diye da‘vâ ettiğinde 1621. madde vechile mezkûr vedî‘ayı meclis-i muhâkemeye götürmek üzre ol kimseye vermesiyle, o kimesneye emrolunur. Yoksa mezkûr vedî‘anın meclis-i muhâkemeye ihzar ile o kimesneye icbar olunamaz.

Vedî‘anın teslîminde mekân-ı îdâ‘ın mu‘teber olması mutlaktır. Yâni vedî‘a, gerek haml-i me'ûnete muhtac olsun ve gerek olmasın.

Mesela bir kimse diğer kimesneye İstanbul'da elli altun vedî‘a verip de, muahharan ikisi de Edirne'de birleştiklerinde mûdi‘ meblağ-ı mezbûru İstanbul'dan getirip bana teslîm eyle diye müstevda‘a cebredemez. Çünkü mûdi‘ Edirne'den İstanbul'a gelip, onu Edirne'ye nakil yahut mektupla isteyip, posta parasını verip getirtmeğe mecbur olup, bu halde mutazarrır olur. Zarar ise 19. madde hükmünce memnû‘dur.

798. MADDE

[**Vedî‘anın menâfi‘i**] yâni vedî‘adan mütevellid bulunan menâfi‘ [**sâhibinindir.**] Zîra menâfi‘-i mezkûre sâhibinin yâni mûdi‘in mülkünün nemâsıdır. Bu cihetle emânet olan hayvanın yavrusu ve südü ve yünü sâhibine ait olduğu gibi, vedî‘a olan hayvanın sütünden veya vedî‘a bulunan bağ ve bahçenin yemişinden bir miktar hâsıl ve müctemi‘ olup da fesâdından, yâni bozulmasından havf olunmakla sâhibinin izni olmaksızın müstevda‘ satsa gāsıb olacağı cihetle zâmin olur.

Menâfi‘ ve zevaid-i vedî‘anın fesâdından havf olunduğundaki ahkâm ber-vech-i âtî îzah olunur. Şöyle ki vedî‘anın sâhibi gāib olunca, müstevda‘ hâkime mürâca‘at eder. Ve hâ-

kimin emriyle sattığında o halde zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Amma müstevda' bilâ-emri'l-kādî sattığında, eğer şehirde yahut kable'l-fasad hâkime mürâca'at etmek mümkün olur mevzi'de ise yine zâmin olur. (96. maddeye bak.) Fakat mefazede bulunmak gibi kable'l-fesâd hâkime mürâca'at eylemek mümkün olmamakla, bey etse caiz olur. Zîra 21. madde hükmünce, zarûretler memnû' olan şeyleri mübah kılar.

Ma'a-zâlik müstevda' mezkûr zevâidi satmayıp da durmakla bozulsa 785. maddede mezkûr olduğu vecihle asl-ı vedî'ada zamân lâzım gelmediği gibi, bunda dahi zamân lâzım gelmez. Hâkime mürâca'at etmek gerek mümkün olsun ve gerek olmasın. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mûdi'a aid olmayan menâfi':

Şerhan işâret olunduğu üzre menâfi'den maksûd, vedî'adan mütevellid olan menâfi'dir. Amma vedî'adan mütevellid olmayan menâfi', mûdi'a aid olmaz; bedel-i îcâr gibi. Şöyle ki, müstevda', vedî'a olan malı bilâ-izni'l-mûdi' âhara bi'l-îcâr ücretini aldığında, şu ücret müstevda'ın mülkü olup mûdi' müdahale edemez. (447. madde şerhine bak.) Her ne kadar müstevda'a dahi taleb olmaz ise de...

Nitekim müstevda' yedinde vedî'a olan nükūdu sermaye ittihaz ile bilâ-emri'l-mûdi' imal ve irbâh ederek bir miktar kâr etse, kârı müstevda'a aid olup mûdi' ona müdahale edemez. Ve müstevda' yalnız re's-i mal bulunan vedî'ayı mûdi'a zâmin olur.

799. MADDE

[**Sâhib-i vedî'a gāib olup da**] onun yâni vedî'anın sâhibinin [**üzerine nafakası vâcib olan kimsenin hâkime mürâca'atı**] yâni gāib-i merkūmun meselâ vedî'a olan akçesinden kendisi için nafaka takdir edilmesini taleb eylemesi [**üzerine**] müstevda', gāib-i merkūmun kendi nezdinde vedî'ası bulunduğunu ve müdde'î için gāib olan mûdi' üzerine nafakayı îcâb eden sebebi ikrâr ederse, [**hâkim**] dahi tâlib-i nafakayı usûl-ı meşrû'asına tevfîkan tahlîf ve ondan kefîl bi'l-mal ahz ettikten sonra [**ol gāibin vedî'a olan akçesinden**] yahut arpa ve buğday ve elbiselik gibi nafakaya sâlih ve vedî'a bulunan diğer malından [**ol kimseye nafaka takdir**] yahut mûdi' kendisi üzerine nafakası vâcib olan kesâna sarf etmek üzre müstevda'a emir ve izin i'tâ [**ettikde müstevda' kendi yedinde vedî'a olan akçeden**] yahut arpa ve buğday ve elbiselikten [**ol kimsenin nafakasına sarf**] ve i'tâ [**etse zamân lâzım gelmez**].

Suâl ve Cevab:

Suâl: Mûdi'in gaybetinde malından onun üzerine, hâkim nafaka takdir ettiğinde, gāib aleyhine hüküm olup, bu ise 1830. madde hükmünce câiz değildir.

Cevab: Mûdi' üzerine mezkûr nafaka kable'l-kazâ dahi vâcib olup hâkimin nafaka ile kazâsı ve hükmü men lehü'n-nafakaya i'âneden başka bir şey değildir.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- **Gâib:** Buradaki gāibden maksûd müddet-i sefer mesâfe uzak bulunan kimsedir. Amma müddet-i sefer mesâfeden az uzak olan mûdi'a mürâca'at ve onun huzûr-ı hâkime ihzarı sehîl olacağı cihetle bunun gıyâbında vedî'adan nafaka takdir olunamaz. *(Bahr ve Mecma'u'l-enhur)*

2- "Vedî'ayı ve nafakayı îcâb eden sebebi ikrâr ederse!" denildi. Zîra bu gibi yed-i müstevda'da veya yed-i mudâribde bulunan maldan nafaka takdir olunabilmesi, müstevda' meselâ vedî'ayı ikrâr etmesi şartıyla meşruttur. Amma vedî'ayı ikrâr etmediği takdirde müstevda'a yemîn lâzım gelmeyeceği gibi, tâlib-i nafaka bulunan şahsın âtîde beyân olunacak esbâb-ı nafakadan hangisinden dolayı nafakaya müstahık olmuş ise onu dahi müstevda'ın ikrâr eylemesi şarttır.

3- Talib-i nafakanın tahlîfi: Talib-i nafaka bulunan kişi meselâ gāib-i mûdi'in zevcesi olduğunda, nafaka takdir olunmak lâzım geldiğinde zevc-i gāibin kendisine nafaka bırakmadığına ve kendisi nâşize "zevcine itâat etmeyen kadın" bulunmadığına yemîn verileceği gibi, tâlib-i nafaka meselâ gāibin oğlu olduğu sûretde dahi ber-vech-i meşrûh gāib pederi kendisine nafaka bırakmadığına yemîn verilir ki, bu yemîn bilâ taleb hâkim tarafından verilen beş yemînden biri olup, mütebaki dördü *Mecelle*'nin 1746. maddesinde mezkûrdür.

4- Kefil bi'l-mal, tâlibe-i nafaka meselâ zevce olup, nafakanın takdiri lâzım geldiği halde, zevc-i gāib olan mûdi' geldiğinde lede'l-muhâkeme gāib-i mezbûr üzerine nafaka lâzım gelmeyeceği anlaşılırsa zevce-i mezbûrenin ahz ve sarf ettiği vedî'ayı müstevda'a iâde ve zâmin olacağına sika bir kefîli, hâkimin alması lâzım gelir.

5- "Yahut mûdi'in emri olmaksızın" denildi. Zîra mûdi'in emri olunca müstevda', bilâ takdiri'l-hâkim dahi, nafakaya sarf edebilir ki bu mes'ele karîben îzah olunur.

6- **Vedî'a:** bu hüküm vedî'aya mahsûs olmayıp gāibin, mudâribi nezdinde veya medyûnu zimmetinde bulunan malı dahi bu hükümde gibi ise de, burada vedî'aya tahsîs edilmesi, bahis-i vedî'aya müte'allik olduğuna mebnîdir.

7- **Akçe:** Bu ta'bir şerhan îzah olunduğu üzre ihtirâzî olmayıp, nafaka cinsinden bulunan taam ve kisve gibi nafakaya sâlih şeyler dahi, hükümde böyledir. Amma nafakaya sâlih olmayan at ve kitab gibi vedî'alardan nafaka takdir olunamaz. Çünkü bunlar ile nafakalanmak için bunlar bey'a muhtac olup, halbuki gāibin malı infak için bey' olunamaz.

Takdirü'n-nafaka üzerine vedî'a sarf olunduğunda buna müterettib ahkâm:

İşte müstevda‘ nezdinde vedî‘a bulunan beş yüz kuruştan üç yüz kuruşu ber-vech-i bâlâ takdir-i hâkim üzerine nafakaya sarf ve mütebâki iki yüz kuruşu mûdi‘a redd ettikten sonra vedî‘adan hiçbir miktarı yedinde habs etmediğine lede'l-îcâb yemîn etse, kabûl olunarak yeminde sâdık olur.

Ve müstevda‘ hâkimin bu vecihle takdir-i nafakasından sonra vedî‘ayı "men lehü'n-nafakaya" verdiğini iddia etse sözü kabûl olunur. (1774. maddeye bak.)

8- **Hâkim nafaka** .....ilâ âhirihi deniliyor. Fakat müstevda‘ ebeveyn veya zevce veya veledden biri olunca, bilâ takdiri'l-hâkim mezkûr vedî‘adan kendi nafakalarına sarf etseler zamân lâzım gelmez. Zîra bunların nafakası mûdi‘ üzerine kable'l-kazâ dahi lâzım olmakla haklarını istifa eylemiş olurlar. Şu halde meselâ müstevda‘ baba olmakla, ibnin vedî‘asından nefsîne infak ettiğinde oğul, pederine, "Sen ganî iken vedî‘amı sarf ettin zâmin ol." ve pederi "Fakir ve mu‘sir iken sarf ettim." diye ihtilâf ettiklerinde, pederin yevm-i husûmetteki hâline bakılır. Baba, vakt-i mezkûrde mu‘sir ise söz nafaka-i mislinde kendisinindir. Oğul mu‘sir ise, söz oğulundur. (5. ve 10. maddelere bak.) Ve ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde, oğulun beyyinesi tercih olunur.

Lâkin müstevda‘, ebeveyn ve evlad ile zevceden gayri olunca, bi-gayr-i kazâ ve'l-irzâ, sarfından dolayı zâmin olurlar.

9- **Nafaka takdîr:** Takdîr-i nafaka *Mecelle*'de mutlak olarak zikrinden anlaşılır ki, müstevda‘ meselâ zevc-i gāib vedî‘adan zevcesi şu tâlibe-i nafakaya bir şey vermemesiyle kendisine emrettiğini dermeyan etse bile, hâkim bu sözüne iltifat etmeyip, vedî‘a-yı mezkûreden takdîr-i nafaka eder. Ve müstevda‘ ba‘de't-takdîr, nafaka-i mezkûre için vedî‘ayı verse zâmin olmaz.

[**Fakat hâkimin**] emri alınmak mümkün iken, [**emri**] ve ber-vech-i mezkûr nafaka takdîri olmadığı gibi mûdi‘in dahi izin ve emri [**olmaksızın sarf eder ise**] gerek mûdi‘in ebeveynine veya zevcesine veya evladına sarf etsin, ve gerek bunların gayri birine sarf etsin [**zâmin olur.**] Zîra gayrin malında bilâ velâyet, velâ niyabetün-anh tasarruftur. Çünkü müstevda‘ mûdi‘ tarafından hıfzda nâib olup, yoksa başka şeyde nâib değildir. (96. maddeye bak.) 793. maddeye dahi mürâca‘at oluna.

Bu takdîrde yâni müstevda‘ ber-vech-i muharrer zâmin olduğunda ol akçeye yâni mûdi‘in üzerine nafakası vâcib olan kimseye sarf ettiği paraya bi-tarîkı'l-istinad mâlik olacağından, kendi malını teberruan diğerine vermiş olacağı cihetle, sarfiyyat-ı mezkûresiyle ol kimseye dahi mürâca‘at edemez. Müstevda‘ gerek mezkûr akçeden kendisi infak etsin ve gerek akçeyi onlara teslîm edip onlar nefislerine infak etsinler; lüzûm-ı zamân ile adem-i rücû‘da hüküm birdir.

Emriyle sarfın îzahı:

Şu fıkra-i ahîre şerhinde zikrolunduğu vechile müstevda‘ mûdi‘in emriyle ol akçeyi sarf ettiğini iddia ettiği halde, mûdi‘ emri inkar edince, isbat ederse febiha; edemez ise, emretmediğine mûdi‘a yemîn ettirir. Nukûl ederse emri sâbit olur. Yemîn ederse müstevda‘a zamân lâzım gelir.

Müstevda‘ vedî‘ayı mûdi‘in emriyle fukaraya tasadduk yahut filana hibe ettiğini iddia ettiğinde hüküm minvâl-ı meşrûh üzredir.

Bilâ emir sarftan sonra icâzet:

Müstevda‘ bilâ emir, ber-vech-i muharrer sarf ettikten sonra, mal sâhibi yâni mûdi‘ mücîz olsa icâzet-i mezkûre zamândan ibrâ ma‘nâsını tazammun edeceği cihetle artık müstevda‘ üzerine zamân lâzım gelmez.

Hâkimin emri istihsal edilmek gayr-i mümkün olmakla sarf ettiğindeki hüküm:

Mecelle'de, hâkimin emri olmaksızın sarf ettiğinde zâmin olacağı mutlak olarak zikrolunmuş ise de, şerhan işâret olunduğu üzre hâkimin emri istihsâl olunmak mümkün iken istihsâl olunmadığı sûrette zâmin olur. Amma hâkimin re'yi istihsâl olunmak mümkün olmadığı cihetle istihsâl olunmayarak sarf ettiği takdîrde istihsânen zamân lâzım gelmeyeceği nevâdirden naklolunmuştur. *(Bahr fi'n-nafaka)*

Mûdi‘in meselâ zevcesi, vedî‘a akçeden nafaka taleb ettiğinde müstevda‘ vedî‘ayı inkâr etse de, ba‘dehü ikrâr edip zâyi‘ olduğunu beyân eylese zâmin olur.

Nafakayı îcâb eden ahval-i selâse:

Sâhib-i vedî‘a üzerine kimlerin nafakası lâzım gelir; ve hâkim tarafından ne sûretle nafaka takdîr olunur; bunun tafsîlatı, kütüb-i fıkhiyyede bâbü'n-nafaka ünvanı tahtında mezkûr olup, burada bu mesâil hakkında tafsîlat i‘tâsı makāma münasib değildir. Ancak ma‘lûmat *Mecelle* olmak üzre şurada bu kadar denilir ki nafakayı îcâb eden ahval üçtür.

Birincisi: Zevciyettir. Yâni zevcenin nafakası zevci üzerine lâzım gelir.

İkincisi: Karâbettir. Mesela fakir bir çocuğun nafakası babası, ve fakir babanın nafakası veledi üzerine lâzım gelir.

Üçüncüsü: Mülktür. Memlûkün nafakasını mâliki üzerine lâzım gelir. Nitekim 1320. maddede zikrolunduğu üzre müşterek bir hayvan sâhiblerinden biri ol hayvanı beslemekten imtinâ‘ ettiğinde diğer şerîkin hâkime mürâca‘at eylemesi üzerine hâkim, imtinâ‘ eden hissedara: "Ya hisseni hissedara sat yahut müşterek heyvanı besle!" diye emreder.

800. MADDE

[**Müstevda'a cünûn ârız olup sahv ve ifâkatinden ye'is geldikde**] Ye'is ne kadar müddet cünûndan sonra gelir. 944. madde şerhinde îzah olunacağı üzre zâhir olan cünûn-ı mutbık derecesine geldiğinde sahv ve ifâkatden ye'is gelmiş olur. [**kable'l-cinnet ahz etmiş olduğu vedî'a**] aynen mevcûd olursa, mevcûd olan mal kendisinin vedî'ası olduğunu sâhibi bulunan mecnûnun velîsi veya vasîsi muvâcehesinde bi'l-beyyine isbât ettiğinde sâhibine redd olunur ve [**aynen mevcûd olmasa sâhibi**] vedî'ayı taleb ettiğinde mecnûnun velîsi veya vasîsi var ise onun muvâcehesinde, yoğise hâkim şu mecnûn için bir vasî nasb ederek mûdi' bu vasî huzûrunda bi'l-muhâsama mûdi', îdâ'ı ve vedî'a kıyemiyyâttan ise kıymetini isbât eyleyerek ol vechile vedî'anın tazmîni lâzım gelince sâhibi [**bir mu'teber kefîl**] yâni mecnûnun malından tazmîn ettirecek şeyin fıkra-i âtiye vechile lede'l-îcab tekrar mecnûna zâmin olmak için kavî bir kefîl [**göstererek mecnûnun malından tazmîne selâhiyyeti vardır.**] Yâni vedî'a misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyyâttan ise kıymetini mecnûnun malı var ise ondan istîfâ eder. Mecnûnun malı yoksa, velî veya vasînin malından zamân lâzım gelmeyip, hâl-i yüsrüne intizar olunur. (926. maddeye bak.)

[**Fakat**] sâhib-i vedî'a ol vechile tazmîn ettirdikten [**sonra kendüye**] yâni müstevda'a [**ifâkat gelip de**] yâni cünûnu zâil olduğunda "fıkra-i sâlife vechile, sahv ve ifâkatinden ye'is geldikten sonra nasıl kesb-i ifâkat eder, denilemez. Zîra ye's-i mezkûr beşerin ictihâdına göredir. Bunun aksi kudret-i fâtıra ile zâhir olabilir." [**vedî'ayı sâhibine redd etmiş yahut bilâ-ta'add velâ taksîr vedî'a**] yedinde [**telef veya zâyi' olmuş idiğini**] veyahut vedî'a ne olduğunu bilmediğini [**beyân ederse**] 1774. maddeye mebnî yemîniyle tasdik olunarak [**ahz olunmuş olan akçesini**] yâni bedel-i tazmîni sâhib-i vedî'adan yahut kefîlinden [**istirdâd**] ve taleb [**eyler.**] (97. maddeye bak.)

801. MADDE

[**Müstevda' fevt oldukda vedî'a**] da iki ihtimal vardır. İhtimal-i evvel: Ol vedî'a [**aynen terekesinde**] mevcûd bulunmaktır. Vedî'a aynen terekesinde mevcûd [**bulunduğu sûretde**] vedî'anın yed-i müstevda'de iken hükmü ne ise [**vârisi**] veya vasîsi [**yedinde dahi**] hükmü odur. Bu cihetle, sâhibine redd edinceye değin yed-i vârisde veya yed-i vasîde [**emânet olmakla**] vârisi veya vasîsi müstevda' gibi muhâfazaya devam eder. Ve sâhibi taleb ettiğinde [**sâhibine redd**] ve iâde [**olunur**] da müstevda'ın dâyinleri vedî'aya müdâhale ve taksîm-i guramâya idhâl edemezler. Zîra deyn, müteveffânın terekesine ta'alluk edip, bu ise terekeden ma'dûd değildir. Mâl-i mudârebede dahi hüküm böyledir. Vedî'a aynen mevcûd olunca müstevda' vedî'ayı beyân etmese, verese dahi onu bilmese bile bunda techîl yoktur. Binâenaleyh mûdi'in, müstevda'ın terekesine garâmeten dâhil olması lâzım gelmez.

Bu cihetle müstevda', hayatında vedî'a bilâ-ta'add velâ taksîr yedinde telef olduğunu iddia ettiğinde 1774. maddeye mebnî sözü kabûl olunacağı gibi, ba'de vefâtihi vârisinin veya vasîsinin dahi ber-vech-i mezkûr aynen mevcûd bulunan mezkûr vedî'a hakkında bu sözü kabûl olunur. Nitekim âtî'z-zikr "ve kezâ vâris biz vedî'ayı biliyoruz şöyle idi .....ilâ âhirihi" fıkrasında beyân olunuyor. Mesela müstevda', vedî'ayı zevcesine verdikten sonra mezbûre yedinde mevcûd iken müstevda' vefat etmekle zevce-i mezbûreden taleb olunduğunda, vedî'a zâyi' oldu veya sirkat olundu dese, 1774. maddeye mebnî söz ma'a'l-yemîn zevcenin olup, kimesneye zamân lâzım gelmez. Ancak zevce mezkûr vedî'ayı müteveffâ zevcine ber-hayat iken redd ettiğini iddia ettiğinde söz ma'a'l-yemîn zevcenin olup müteveffâ tarafından techil bulunduğunda onun terekesinde deyn olur.

Terekede mevcûd malın vedî'a olduğunun lüzûm-ı sübûtu:

Vedî'anın aynen vücûdu yâni mevcûd olan malın müdde'î tarafından müteveffâya îdâ' olunmuş mal olduğunun isbâtı, ya şahâdet-i âdile ile olur; yahut müteveffânın terekesi müstağrak-ı düyûn değilse kibâr olan veresenin ikrârlarıyla olur. Yoksa mûdi'in sözüyle nesne sâbit olmaz. Nitekim vasînin ve sığar olan veresenin ***ikrâr***ları dahi mu'teber değildir. (1573. maddeye bak.)

Vedî'a, yed-i müstevda'da bulunduğunda hükmü ne ise müstevda'ın vefâtiyle bu madde vechile müstevda'ın veresesi veya vasîsi yedine intikal ettiğinde, hükmü yine odur denilmişdi. Ancak, şu hükümden mes'ele-i âtiye müstesnâdır. Şöyle ki müstevda' vedî'ayı sârika irâe ve delâlet etmekle sarık onu sirkat eylese, hıfzda taksîr etmiş olacağından müstevda'a zamân lâzım geldiği halde, vâris vedî'ayı sârika irâe ve tarîk-ı sirkate delâlet ettiği cihetle, sârik sirkat eylese, vârise zamân lâzım gelmez. *(Dürr-i Muhtâr).* Zîra mübâşir ile mütesebbib ictimâ' ettiğinde, hüküm mübâşire muzâf kılınır.

İhtimal-i sâni [**amma**], vedî'a aynen terekesinde mevcûd bulunmamaktır. İmdi mezkûr vedî'a [**aynen**] müteveffânın [**terekesinde**] mevcûd [**bulunmadığı**] ve mûdi' dahi müstevda'ın mücehhelen vefât ettiği iddiasıyla onu dördüncü fıkra vechile terekeden tazmîni taleb ittiği [**sûretde**] bunda üç vecih vardır.

Vech-i evvel: [**Eğer müstevda'ın hâl-i hayatında ol vedî'ayı sâhibine redd ettim yahut bilâ-ta'add**] velâ taksîr [**zâyi' oldu demek gibi**] şer'an zamândan berâeti îcâb eder [**bir sûretde vedî'anın hâlini beyân ve takrir eylediğini**] mûdi' ikrâr eder yahut mûdi' inkar edip de [**vârisi isbât eder ise**] terekesinden [**zamân lâzım gelmez.**] Bu fıkrada ikrâr veya isbât olunan müstevda'ın "redd ettim veya zâyi' oldu" demiş olmasıdır. Amma bu maddenin son fıkrasında isbât edilen telef ve zıyâ' olmakla bu fıkra, fıkra-i ahîreden iftirâk eder.

İmdi bu fıkra vechile müstevda'ın bu sözünü veresesi veya vasîsi isbât ettiğinde, terekeden zamân lâzım gelmez. Çünkü müstevda' ber-hayat olup da bu sözü söylese 1774.

madde hükmünce zamândan berî olduğu gibi, bu sözü ba'de vefâtihi beyyine ile sâbit olduğunda 75. madde hükmünce beyyine ile sâbit olan ıyânen sâbit gibi olacağından, yine zamân lâzım gelmez.

İzahu'l-kuyud:

1- **Demek**: Verese, redd ettim gibi sözü isbât edemeyip fakat vedî'ayı hâl-i hayâtında mûrisleri redd eylediğini yahut bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunu iddia eylese fıkra-i âtiyede zikrolunduğu üzre, bilâ beyyine tasdik olunmaz. Yâni müstevda'ın "Bilâ-ta'add velâ taksîr telef oldu veya redd ettim." demesi kabûl olunduğu halde mücehhelen fevtinden sonra veresesinden bu iddia kabûl olunmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*[7]

2- **Gibi**: Gibi lafzı zikrolundu. Zîra zamândan berâeti îcâb eder sûrette vedî'anın hâlini beyân ve takrîr *Mecelle*'de muharrer iki sûrete munhasır olmayıp, meselâ müstevda'ın veresesi, "Mûdi' vedî'anın âhara bey'ini müstevda'a emr etmiş olmakla, şu emre binâen müstevda' vedî'ayı semen-i misliyle filan şahsa satıp, semeni ol şahıs zimmetinde bulunduğunu müstevda' beyân ve ikrâr etmiş idi." diye iddia ve emr ile mezkûr ikrârı isbât ettiklerinde yine berî olurlar. (75. maddeye bak.) *(Ali Efendi).*

3- **İsbât eder ise**: İsbât eder ise denildi. Zîra bilâ isbât vârisin ma'a'l-yemîn olan sözü kabûl olunamaz. *(Eşbah).*

4- **Reddettim** .....ilâ âhirihi: Yâni *Mecelle*'de redd ettim .....ilâ âhirihi diye mes'ele-i zamândan berâeti îcâb eder... Sûrette tasvir olundu. Zîra müstevda' ber-hayât iken, vedî'ayı emîne bulunan zevcesine verdiğini iddia ettikten sonra vefât etmekle, zevcesinden taleb olunduğunda, zevcinin kendisine vedî'ayı verdiğini inkâr etse, söz ma'a'l-yemîn zevcenin olup, zevce-i mezbûreye 78. maddeye mebnî bir şey lâzım gelmez. Zamân, techil sebebiyle müteveffânın terekesinden lâzım gelir.

Müteveffâ müstevda'ın redd ettim .....ilâ âhirihi sözünü vârisi isbât ettiğinde, yemîn lâzım gelir mi?

Müstevda' ber-hayât iken vedî'anın sâhibine redd ettiğini veya bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunu iddia etse, mesmû' olup 1874. madde hükmünce söz yemîniyle kendisinin yâni müstevda'ın bulunmuş ise de, müstevda' vefât ettiğinde, mezkûr iddianın kendisinden sudûru mümkün olmadığı cihetle, onun bu sözüne ber-vech-i bâlâ şâhid istimâ'ı lâzım gelir. Ancak şahâdet-i mezkûre ile müteveffâ müs-

---

7 لكن قال فى منية المفتى ما نصه وارث المودع بعد موته اذا ضاعت فى يد مورثى فان كان هذا فى عياله حين كان مودعا يصدق وان لم يكن فى عياله لا, تكملة رد محتار.

tevda'ın şu sözü isbât olunduktan sonra mûris müstevda' ber-hayât iken ona lâzım gelen ve 1774. maddede zikrolunan yemîn gibi bir yemîn lâzım gelir mi?

Imadiye'nin zamânât bahsinde nevâdirden nakline göre, verese üzerine "mûrisleri müteveffânın üzerine vedî'anın redd veya zamânı lâzım geldiğini bilmediklerine" yemîn lâzım gelir. Halbuki Ankaravî'de mezkûr olduğuna göre yemîn lâzım gelmez; ki, ibâresi şudur. "***İddea'l-mûdi' redde'l-vedî'a ev helâkeha ve mâte kable en yahlife lâ yahlifü vârisühü nassa aleyhi fi'l-Câmi'i'l-kebîr***" İntehâ.

Vech-i sâni: [**Kezâlik**] müstevda' vedî'anın hâlini vârisinin bildiğine muttali' olduğu cihetle, hâl-i hayâtında vedî'anın hâlini ber-vech-i bâlâ beyân etmeyip, binâenaleyh [**vâris**] i [**biz vedî'ayı biliriz; şöyle idi, böyle idi diye**] vedî'anın nefsü'l-emirdeki evsâfına muvâfık sûrette vedî'ayı [**tavsîf ve tefsîr ederek müstevda'ın vefâtından sonra bilâ-ta'add velâ taksîr zâyi' olduğu**] yahut kendisi yâni vâris, sâhibine redd ve teslîm ettiğini [**beyân etse**] *Mecelle*'de beyân edilen sûretde 1774. madde mûcibince [**yemîniyle tasdik olunarak zamân lâzım gelmez.**] Zîra vâris, müstevda' gibi olarak bu vechile tefsîr ettiği sûrette, vedî'a-yı mezkûre vâris-i merkūm yedinde dahi emânet ve helâk ve zıyâ'ında dahi kavli makbûl olur da vech-i evvelde olduğu gibi şu vech-i sânîde dahi techîl yoktur. Amma müstevda' fıkra-i âtiye vechile mücehhelen vefât ettikten sonra vârisi, müstevda'ın hayâtında vedî'a zâyi' olduğunu iddia etse, sözü kabûl olunamaz. Zîra emînin sözü kabûl olunur ise de zâminin sözü kabûl olunmayıp, zâmin olan kimse ikāme-i beyyineye muhtacdır.

Bu fıkradan müstefâd olur ki vâris, vedî'anın hâlini bilip de mûris, yâni müstevda' dahi vârisinin bu ma'lûmatına vâkıf olunca, fıkra-i sâniye vechile vedî'anın hâlini beyân ve takrîr eylemek müstevda'a lâzım gelmez. *(Bezzâziyye).* Yâni bu takdîrde beyân ve takrîrden sükût edilmekle techîl hâsıl olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Bu fıkrada "tavsîf ve tefsîr ederek" denildi. Zîra "tavsîf ve tefsîr etmese" sözü kabûl olunamayacağı fıkra-i ahîrede mezkûrdür. İmdi fıkra-i ahîre, şu fıkranın mütemmimi olmakla burada "amma vârisin vedî'ayı .....ilâ âhirihi" diyerek beyân edilse idi evlâ olurdu.

Faide: Müstevda' bi'l-ecr olmadığı sûrette bu mesâilde tasdîk olunacağı der-kâr ise de, müstevda' bi'l-ecr olup da mümkinü't-tâharruz olan bir sebeble vedî'a telef veya zâyi' olduğu halde, 777. maddenin fıkra-i ahîresinin hükmü cârî olması lâzım gelir.

Vech-i sâlis: [**Ve eğer**] ol vedî'a aynen terekesinde mevcûd olmadığı gibi [**müstevda'**], hâl-i hayâtında ol vedî'anın hâlini vârisin bildiğini bilmediği halde, ol [**vedî'anın hâlini beyân etmemiş ise, mücehhelen**] -mim'in zammı ve cim'in kesri ve ha'nın teşdidi ile techîlden me'huz ismi fâildir- [**fevt olmuş demek olmasıyla**]

müteveffânın hâl-i sıhhâtînde zimmetine terettüb eden [**düyûn-ı sâire**] si yâni düyûn-ı sıhhati [**gibi terekesinden istîfâ**] yâni vedî'a kıyemiyyâttan ise kıymeti, misliyyâttan ise misli ahz [**olunur.**] Yoksa şu deyn, deyn-i maraz kabîlinden değildir. Velev ki, vedî'a taze üzüm ve karpuz gibi tûl müddet durmayıp çürüyücü şey ola; zîra vaktâ ki hâli ma'lûm değildir, müstevda' onu itlâf eylemiştir, denilir. *(Ankaravî ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

"Düyun-ı sâire gibi" denilmesiyle işâret olunuyor ki tereke garîm olduğu sûretde mûdi' dahi guramâya dâhil olur. Yoksa mûdi'in sâir guramâdan bir gûna imtiyâzı yoktur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*[8]

Nitekim müstevda' vedî'ayı istihlâk ettikden sonra fevt olduğunda mûdi' guramâya dâhil olacağı gibi. Şübhe yok ki kıymet-i vedî'anın isbâtı, mûdi' üzerine lâzım olup mûdi' isbât edemez ise miktar-ı kıymette söz ma'a'l-yemîn veresenindir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* (76. maddeye bak.)

Müstevda', "Dükkânımda şöyle bir kese derûnunda, kaç aded olduğunu bilmem, biraz mecidiye olduğu halde, filan kimsenin bende vedî'asıdır." diye beyân eylemiş iken ba'de'l-vefât dükkânda öyle bir şey zuhûr etmese, bu da techîl olmakla, zamân lâzım gelir.

Salifü'z-zikr fıkra-i sâlise ile fıkra-i râbi'a üzerine âtî'z-zikr mes'ele teferru' eder.

Şöyle ki, iki kimse bir şahsa bin kuruş îdâ' edip de şahs-ı merkūm bir oğlunu terk ederek vefât ettikten sonra, ol iki kimseden birisi, ibni merkūm vedî'ayı istihlâk ettiğini ve diğeri vedî'a ne olduğunu bilmediğini iddia ettiğinde, ibnin istihlâkini iddia eden o şahsın hîn-i vefâtında vedî'anın aynen mevcûd bulunduğunu ikrâr ettiği cihetle üçüncü fıkra vechile terekeden bir şey alamayıp lede'l-isbât ibni merkūma tazmîn ettirir. Diğeri ise şu fıkra vechile hissesini terekeden alır.

Techîlde iki şey aranır:

İzâhat-ı mezkûreden anlaşıldı ki techîlü'l-vedî'ada iki şey aranmak lâzım gelir. Birincisi: Müstevda' vedî'anın hâlini beyân eylememesidir. Binâenaleyh, müstevda' vedî'anın hâlini hâl-i hayâtında beyân etse vedî'a mevcûd olunca zamân lâzım gelmeyeceği gibi bunda dahi zamân lâzım gelmez. Bâlâda ikinci fıkrada beyân olunan işte budur.

İkincisi: Müstevda'ın vârisi, vedî'anın hâlini bilmemesidir. Yâni müstevda' hayâtında vedî'anın hâlini beyân ve takrîr etmeyip fakat, vedî'a vârisin ma'lûmu olup müs-

8 لان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولانه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكا لها, تكملة رد محتار.

tevda' dahi vedî'a vârisinin ma'lûmu olduğunu bilince hâl-i vedî'ayı beyân eylememesinden dolayı yine zamân lâzım gelmez. Fıkra-i sâlisede beyân olunan işte budur. Bu vecihle vâris: "Ben vedî'ayı bilirim." deyip de mûdi' dahi bunu, yâni vârisin ma'lûmatını tasdîk etse vedî'a aynen mevcûd olmasa bile terekeden zamân lâzım gelmez.

Kısmen techîl-i vedî'a:

Techîl-i vedî'a kısmen dahi olur. Şöyle ki vedî'anın bir kısmı aynen mevcûd olduğu halde diğer kısmında techîl bulunduğunda yalnız techîl bulunan kısmın zamânı, ve tereke garîm olduğu sûretde mûdi'in garâmeten hissesine düşeni ahz eylemesi lâzım gelir. Diğeri aynen redd olunur.

Mesela vedî'a yiğirmi altın olup on beşi aynen mevcûd olduğu halde, beşi mevcûd bulunmasa, yalnız beş altının zamânı lâzım gelir. Mütebâki on beş altun aynen redd olunur.

Sair emânâtta techîl:

Techil-i vedî'a ber-vech-i bâlâ mûcib-i zamân olduğu gibi mâl-i mudârebe, mâl-i şirket, mâl-i bizâa, mâl-i me'cûr, mâl-i müste'âr, vekîl bi'l-kabz yedindeki mal gibi sâir emânâtın techîli dahi müstelzim-i zamândır. Ve bunda kā'ide şudur. "Her emîn ki emânâtın hâlini mücehhelen vefât ede, zamân lâzım gelir."

Bu vecihle mücehhelen vefâtından sonra vedî'ada olduğu gibi veresesi bilâ-ta'add velâ taksîr telefi yahut mal sâhibine redd ve iâde olunduğunu iddia etse bilâ beyyine tasdîk olunamaz. Mesela, ahad-i şerîkeyn yedinde mâl-i şirket bulunup da, mezkûr malın hâlini beyân etmeden mücehhelen fevt olsa, sâhibinin nasibini zâmin olur. Şirket, gerek mufâvaza olsun ve gerek ınân olsun. *(Tekmile-i redd-i Muhtâr).*

Nitekim rehnin deynden ziyâdesi emânet olduğu 741. madde şerhinde zikr ve îzah olunmuş olup, mürtehin bu ziyâdeyi mücehhelen vefât ettiğinde zamân lâzım geleceğini "*Hamevî*" *Eşbâh* şerhinde beyân ve bazı erbâb-ı fetvanın ber-vech-i mezkûr iftâ eylediklerini ityân eylemiştir.

İstisnâ:

Bâlâda techîl-i emânet hakkında zikrolunan kā'ideden, bazı mesâil müstesnâ bulunmuştur ki, bunların tafsîlatı *Dürr-i muhtâr* ile havâşîsinde mezkûrdür. Ancak makāma münâsib olan bazılar ber-vech-i âtî beyân olunur.

1- **Nâzır:** Vakfın gallâtını kabz ettikden sonra mücehhelen vefât ettiğinde bu gallât için müstahık bulunmayıp da, mescide meşrût olur ise zamân lâzım gelmez. Amma gallât-ı

mezkûrenin müstahıkları bulunup da müstahıklar onu taleb eylemişler iken vermese de ba'dehü mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelir.

Fakat nâzır, ayn-ı vakfı yâni meselâ derâhim ve denânîr-i mevkūfeyi yahut bir vakıf akar derâhim ve denanîr ile istibdal olunduğunda, derâhim ve denânîr-i mezkûreyi mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelir.

2- Hâkim, emvâl-i eytâmı birisine îdâ' edip de kime îdâ' ettiğini beyân etmeden mücehhelen fevt olsa, hâkime zamân lâzım gelmez. Amma hâkim emvâl-ı eytâmı kendi hânesine vaz' etmişiken onu mücehhelen vefât etse zamân lâzım gelir.

3- Emîrü'l-ceyş, bazı ganâyimi kable'l-kısmet bir gâziye îdâ' edip de kime îdâ' ettiğini beyân etmeden fevt olsa zamân lâzım gelmez.

4- Rûzgâr, bir kimsenin hânesine bir malı ilka edip de, ol kimse bunu mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelmez.

5- Bir kimse malını sâhib-i hânenin ma'lûmatı olmaksızın ol hâneye vaz' etse de, sâhib-i hâne bunu mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelmez.

6- Bir kimse, sabî-i mahcûra bir mal îdâ' edip de, sabî-i merkūm onu mücehhelen fevt olsa, sabî-i merkūm hıfzı iltizâma ehil olmadığı cihetle zamân lâzım gelmez. Nitekim sabî-i merkūm bundan sonra bâliğ olup da ba'dehü fevt olsa yine zamân lâzım gelmez. Meğer ki bâliğ oldukdan sonra vedî'anın yedinde olduğu isbât oluna. Ol halde zamân lâzım gelir.

Hulâsa: Sabî ba'de'l-bülûğ fevt olup da vedî'a ne vâki't helâk olduğu ve hâli ne olduğu ma'lûm olamasa terekesinden zamân lâzım gelmez ise de, müdde'î, mezkûr vedî'anın ba'de bülûğı's-sabî yedinde bulunduğunu isbât etse, bu sûretde zamân lâzım gelir.

Cünûn ve deyn ve sefeh ve ateh ve gaflet gibi 946. maddede beyân kılınmakta olan mahcûrînin ahkâmı dahi sabî-i mahcûr gibidir.

Amma sabî yahut ma'tûh, ticârete yahut kabûl-i vedî'aya me'zun olup da ol vechile kabûl-i vedî'a ettikden sonra kable'l-bülûğ ve'l-ifâka mücehhelen fevt olsa, zamân lâzım gelir. (776. maddeye ve şerhine bak.)

7- Baba yahut dede oğlunun veya hafîdinin malını mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelmeyeceği gibi vasıyyü'l-eb ve vasıyyü'l-ced ve vasıyyü'l-kādî dahi mâl-i sağîri mücehhelen fevt olsa zamân lâzım gelmez.[9]

9 Bu mesa'il hakkında ebyât-ı âtiye zikrolunmuştur. وكل امين مات والعين يحصر وما وجدت عينا فدينا تصير سوى متول الوقف ثم مفاوض ومودع مال الغنم وهو المؤمر وصاحب دار القت الريح مثل ما لو القاه ملاك بها ليس يشعر وكذا والد جد

[**Ve kezâlik vârisin vedî'ayı**] vech-i sâni vechile [**tavsîf ve tefsîr etmeyerek, mücerred biz vedî'ayı biliriz**] müstevda'ın hayâtında veya vefâtından sonra bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya [**zâyi' oldu**] yahut müstevda' hayâtında redd etti; binâenaleyh techîl yoktur [**demesi**] mûdi'in inkârına karşı [**mu'teber olmayıp**] söz mûdi'in olmakla, [**ol vechile zâyi' olduğunu isbât edemediği sûretde terekeden zamân lâzım gelir.**] Bu sûretde mûdi' techîli da'vâ ettiği halde vâris müstevda'ın vefâtında vedî'a ma'rûf ve mevcûd iken muahharan telef olduğunu iddia etse, söz tâlibindir. Amma vâris bunları yâni meselâ mûrisinin hayâtında vedî'ayı redd ettiğini veya vedî'a telef olduğunu isbât ederse zamândan berî olur.

Bu fıkra yukarıda vech-i sâni ünvanı tahtında beyân olunan fıkradaki "tavsîf ve tefsîr ederek" ibâresinin muhterizün-anhı, beyân için olduğu cihetle insicâm-ı ibârenin husûli için onun akîbinde ityân edilmek münâsib idi.

Sûret-i isbât: Veresenin "Mûrislerinin vefâtı zemânında vedî'a aynen mevcûd olup, mûrisleri 'Bu mal filanındır bende vedî'adır.' yahut 'Bu malı filan tarafından bi-tarîkı'l-vekâle veya bi-tarîkı'r-risale ve ona def' ve teslîm etmek üzre almış idim, ona def' ediniz.' dedi. Lâkin sonra bizim yanımızda zâyi' oldu." diye vâki' olan def'leri şuhûdun şahâdetleri ile sâbit olduğunda, müteveffânın terekesinden zamân lâzım gelmeyeceği gibi vereseye dahi zamân lâzım gelmez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mecelle'nin üçüncü fıkrasında vârisin sözü kabûl olunduğu halde şu fıkra-i ahîrede kabûl edilmemesinin sebebi şudur. Fıkra-i mezkûrede yâni fıkra-i sâlisede müstevda'ın vefâtında vedî'a ma'rûf olmakla berâber vâris onu tefsîr edip de şu tefsîr nefsü'l-emirdeki ma'rûfa mutâbık olunca vâris tasdîk olunur. Amma bu mes'elede vedî'a ma'rûf olmadığı cihetle vârisin ma'rûf olduğunu ve kendisi bildiğini iddia eylemesi mesmû' olmadı.

Hâl-i vedî'anın beyânı, vakt-i mevte mahsûs değildir. Müstevda' vedî'anın hâlini sıhhat ve ifâkatinde beyân ettiğinde techîlden kurtulmuş olur. Binâenaleyh mûdi' "Müstevda' vakt-i vefâtında vedî'anın hâlini beyân etmeyerek fevt oldu." diye techîli da'vâ etse, vakt-i mevtde adem-i beyân, ondan evvel dahi nefy-i beyânı müstelzim olmayacağından, da'vâyı mezkûre sahîh olmaz. Belki mücehhelen ve bilâ-beyân vefât etti diye da'vâ etmelidir.

Miktar-ı mechûlün reddini beyân sûretiyle vedî'anın hâlini beyân ve takrîr:

Müstevda', mûdi'a "Vedî'anın bazısını kabzetmiş idin." dedikten sonra müstevda' vefât edip, vedî'adan ne kadar kaldığı bilinemeyip, mûdi' "Hiçbir şey almadım ve müstevda'ın veresesi vedî'a olan meselâ bin kuruştan yüz kuruş daha kaldı." dediklerinde, mûdi' vedî'anın bazısını kabzetmiş olmakla ne kadar kabzettiğini ta'yîne mecburdur. Ne kadar ikrâr ederse o kadarın kabzı sâbit olur. Ancak verese daha ziyâde kabzı iddia ettiklerinde, onu

---

وقاض وصيهم جميعا ومحجور فوارث يسطر, در مختار.

kabzetmediğine mûdi'a yemîn verilir. Bu takdîrde mûdi' "Yüz kuruş aldım." dediği halde müstevda'ın veresesi "Dokuz yüz kuruş aldın." dediklerinde, söz ma'a'l-yemîn mûdi'indir.

Hindiyye'de zikrolunmuştur ki, mûdi' bazı vedî'ayı kabz ettim diye ikrâr ettiğinde, miktarının tayîninde söz ma'a'l-yemîn kendisinindir; yâni mûdi'indir. Müstevda' gerek berhayât olsun ve gerek olmasın. *Hindiyye*'nin şu mes'elesiyle *Mecelle*'nin 1774. maddesi arasında fark bulmak veya tevfîk etmek îcâb eder.

Techîlü'l-vedî'a mesâilinin hulâsası şudur ki:

1- Müstevda' hayâtında vedî'anın hâlini beyân edip vefât ettikten sonra vedî'a terekesinde bulunmasa zamân lâzım gelmez. İkinci fıkrada beyân olunan budur.

2- Beyân etmeyince vârisi vedî'ayı bilip bu vecihle bildiğini dahi mûdi' tasdîk ettiği halde terekede bulunmasa bile zamân lâzım gelmez. Üçüncü fıkrada beyân olunan budur.

3- Vârisi vedî'ayı bilmediği halde müstevda' dahi vedî'ayı beyân etmese de fevt olsa, vedî'a eğer terekede aynen mevcûd ve mevcûd olan vedî'a olduğu beyyine yahut müstevda'ın vârisinin ikrârı ile sâbit olur ise sâhibi onu ahz eder. Birinci fıkrada beyân olunan budur.

4- Varisi vedî'ayı bilmediği halde müstevda' dahi beyân etmese de fevt olsa, vedî'a terekede aynen mevcûd olmasa mücehhelen fevt olmuş olmakla, vedî'a terekenin deyni olur. Dördüncü fıkrada beyân olunan budur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

802. MADDE

[**Mûdi' fevt oldukda vedî'a vârisine**] veya vasîsine [**verilir.**] Vâris vedî'ayı müstevda'den taleb ve iddia edebilir. Zîra, vâris mûris makāmına kāimdir.

Bu halde müstevda' vedî'ayı hâl-i hayâtında mûdi'a veya ba'de vefâtihi vasîye verdiğini iddia ettiğinde 1774. madde hükmünce söz ma'a'l-yemîn kendisinindir.

Bu maddede "vârisine" denilmesiyle üç mes'eleye işâret olunuyor.

Mes'ele-i ûlâ: Vâris olmayan şahsa verilemez. Velev ki müteveffâ mûdi'in emri buluna.

Binâenaleyh mûdi'in vedî'ayı vâris olmayan bir şahsa vermesiyle müstevda'a emredip de ba'de vefâtihi müstevda', emr-i mezkûre binâen ol şahsa verse zâmin olur. Çünkü Mûdi'in vefâtiyle ol şahsın kabz-ı vedî'aya olan vekâleti bâtıl ve mûdi'in emri "ke-en-lem-yekün" olur. (1526. maddeye bak.)

Vârisine ta'biri, mûdi'-i müteveffânın vasîsinden yahut dâyininden ihtiraz için değildir. (793. madde şerhine bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mes'ele-i sâniye: Vâris vahid olduğuna işâret olunuyor. Amma vâris müteaddid olunca vedî'a yalnız birisine yâni bazısına teslîm edilemez. Şayet teslîm olunup da telef olsa diğer verese teslîm-i mezkûrü mücîz olmayınca müstevda'a kendi hisselerini tazmîn ettirebilirler.

Binâenaleyh vedî'a kābil-i kısmet olup da vâris meselâ iki oğlundan ibâret olunca, nısfı bir oğluna ve nısf-ı diğeri öbür oğluna verilmek lâzım gelir. Ve eğer kābil-i kısmet değil ise, ikisine ma'an teslîm olunmak îcâb eder. (796. maddeye bak.)

Hatta bir kimse diğer kimesneye bir malı îdâ' edip de, "Ben fevt olursam filan oğluma ver." deyip, ol kimse vefât etmekle o kimesne vedî'ayı ol oğluna verse, diğer vârisi olduğu sûrette o kimesne onun hissesini zâmin olur. Zîra ânifen zikrolunduğu üzre, mûdi'in fevtinden sonra vedî'a cümle vereseye mevrûs olup, binâenaleyh bazı vereseye verilemez. Velev ki mûrisin emri buluna. *(Ali Efendi).*

Mes'ele-i sâlise: Vedî'a, emîn-i beytü'l-mala verilemez. Binâenaleyh mûdi' fevt olduğunda veresesi âhar diyarda olmakla terekesini emîn-i beytü'l-mal kabz ettiği cihetle müstevda' vedî'ayı emîn-i merkūma verse, verese geldiklerinde mücîz olmayıp müstevda'a tazmîn ettirebilirler.

Müstesna: Vadi'anın vârise verilmesi lâzım geleceği mes'elesinden, âtî'z-zikr bir mes'elesi müstesnâ bulunmuştur. Şöyle ki bir kimse diğer kimesne zimmetinde şu kadar kuruş alacağı olduğuna dair olan bir sakkini (yazılı kâğıt) bir şahsa îdâ' ettikten sonra mûdi' fevt olduğunda, müstevda' meblağ-ı mezkûrün bir miktarının ödenmiş olduğunu bilince mûdi'in vârisi mûrisinin kabz-ı mezkûrünü ikrâr etmedikçe mezkûr sakki ebeden habs edebilir. Zîra mezkûr sakki vâris-i merkūma verse medyûnu ızrar etmiş olur. Zarar ise 17. madde hükmünce memnû'dur. *(Dürr-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

[**Fakat tereke müstağrak bi'd-deyn ise, hâkime mürâca'at edilir.**] Onun emriyle şer'an i'tâsı iktizâ eden tarafa i'tâ olunur. [**Ve eğer hâkime mürâca'at etmeksizin müstevda' onu vârise verip o dahi istihlâk etse müstevda'**] guramâ için [**zâmin olur.**] Zîra deyn, irsden mukaddem olduğu cihetle vedî'aya hakk-ı guramâ taalluk eylemiştir. *(Hindiyye).*

Müstesna: Şu kadar ki vâris-i merkūm emîn olduğu sûretde vedî'ayı müstevda'dan ahz ile edâ-yı deyn edebilir.

İstihlak etse denildi. Zîra mezkûr vedî'a yed-i vârisde aynen mevcûd olsa guramâ onu aynen istirdâd ederler.

Nitekim dâyin-i müteveffânın terekesi müstağrak bi'd-deyn olunca medyûn deynini vârise verse berî olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

“Vârise” kaydı bazı dâyinlerden ihtiraz için değildir. Zîra tereke müstağrak bi'd-deyn olunca, müstevda' vedî'ayı bazı dayinlere dahi veremez. Verir ise diğerlerin hissesini zâmin olur. Çünkü garîm olan terekede bazı dayinlerin bazı âhar üzerine rüchanları olmayıp, her dâyinin alacağı nisbetinde tereke-i medyûndan hissedar olması lâzım gelir.

Fakat “vârise” kaydı vasîden ihtiraz içindir. Şöyle ki terekede deyn bulunduğu takdîrde, müstevda' vedî'ayı vasîye verebilir. Binâenaleyh vasîye verdiğini iddia ettiğinde 1774. madde hükmünce ma'a'l-yemîn sözü kabûl olunur.

Nitekim mûdi'in zâhirde vâris-i ma'rûfu olmamakla, terekesini emîn-i beytü'l-mal kabzettiği cihetle müstevda' hâkimin emriyle vedî'ayı emîn-i merkūma verse câiz olur. Bundan sonra mûdi'in vârisi zâhir olsa vâris-i merkūm vedî'ayı müstevda'dan taleb edemeyip, emîn-i beytü'l-maldan ahz eder.

Mecelle'de beyân olunduğu üzre vedî'anın iâdesinde hâkime lüzûm-ı mürâca'at, tereke müstağrak bi'd-deyn olduğu sûrettedir. Amma tereke müstağrak bi'd-deyn değil ise yâni vedî'a dâhil olmayarak terekenin başka malı borca kâfil bulunur ise vârise verilmekle zamân lâzım gelmez.

Müstevda'u'l-gāsıbın hükmü: Müstevda'u'l-gāsıb vedî'ayı aynen gāsıba iâde ettiğinde berî olur. Artık mal sâhibine veya sâhibi fevt olmuş ise vârisine karşı mes'ûl olmaz. Yâni zamân lâzım gelmez. *(Dürr-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

803. MADDE

[**Vedî'anın tazmîni lâzım geldikde misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyyâttan ise zamânı mûcib olan şeyin yevm-i vukū'undaki kıymetini vermek lâzım gelir.**]

Bu da iki hükmü müştemildir.

Hükm-i evvel: Vedî'a misliyyâttan ise misli lâzım gelir. Şöyle ki, müstevda' nezdinde vedî'a olan hıntayı zemen-i galâda istihlâk etmekle vakt-i rehâda mislini verecek olduğunda, mûdi' yevm-i istihlâkdeki kıymetini taleb etse hâkim misliyle hüküm eder. Yoksa vakt-i istihlâkdeki kıymetiyle değil.

Misliyyâttan olan vedî'anın misli lâzım gelmesinin sebebi 891. madde şerhinde îzah olunur.

Hükm-i sâni: Vedî'a kıyemiyyâttan ise kıymeti lâzım gelir. Zîra zamânı mûcib olan şeyin yevm-i vukū'u zemân-ı gasb olup 891. maddenin fıkra-i ahîresinde beyân olunduğu üzre vakt-i mezkûrdeki kıymet lâzım gelir ki bu maddenin mes'ele-i umumiyyesi mâr-ru'z-zikr 891. maddedir.

Nitekim vedî'anın noksan kıymetinin tazmîni lâzım geldiğinde zamânı mûcib olan şeyin yevm-i vukū'undaki noksan kıymet lâzım gelir.

Kıyemiyyattan olan vedî'anın zamânı mûcib olan şeyin yevm-i vukū'undaki kıymeti lâzım geleceği ber-vech-i âtî misâller ile îzah olunur. Şöyle ki müstevda' vedî'ayı mücehhelen vefât etmesinden dolayı zamân lâzım geldiğinde yevm-i vefâtındaki kıymetini vermek lâzım gelir.

Nitekim müstevda' vedî'ayı bilâ-izin bir ay isti'mâl edip de telef olsa, ibtida-yı isti'mâlindeki kıymeti lâzım gelir. İsti'mâlinin ikinci veya onuncu günü kıymeti velev ki -teracu'-ı si'r ile- tenâkus ettiğinde yine ibtida-yı isti'mâlindeki kıymetinin tazmîni iktizâ eder.

Kezâ müstevda' vedî'ayı inkâr ettiği halde mûdi' îdâ'ı ve vakt-i inkârdaki kıymeti isbât ettiğinde müstevda' mezkûr kıymet ile mahkûm edilir. Amma şahitler vedî'anın kıymetini asla bilmedikleri halde müstevda' yevm-i inkârda vedî'anın kıymeti ne kadar olduğunu ikrâr ederse, ol kadar ile mahkûm edilir. *(Ta'lîkāt-ı İbni Âbidîn ale'l-Bahr).* Daha ziyâde değeri olmadığına bi't-taleb müstevda'a yemîn verilir.

Alacak senedinin ve hesab defterinin kıymetleri: Hesab defteriyle alacak senedinin kıymeti ol kâğıt yazılı olduğu halde kıymet olup, yoksa defter veya senedin hâvî olduğu meblağ bunların kıymetleri olmaz.

Mesela bir kimse diğer kimesne zimmetinde olan alacağını müş'ir, mu'anven ve mersûm bir senedini diğer şahsa îdâ' edip de o şahıs dahi onu istihlâk etse, ol senedin mektuben kıymeti her ne ise onun zamânı lâzım gelip, yoksa ol senedin hâvî olduğu meblağın zamânı lâzım gelmez. *(Feyziyye)* Zîra itlâf ve istihlâk kâğıda müsâdif olup, yoksa hâvî olduğu meblağa müsâdif olmaz. Ve deyn senedi zâyi' olmasıyla deynin sükūtu lâzım gelmez. Amma bu sûrette dâyin isbât-ı deyn edememekle medyûn dahi yemîn ederek alacağı telef olsa bu telef medyûnun inkâr ve yemîn etmesine muzâf olur.

HÂTİME

İki mebhasi hâvîdir

Mebhas-i Evvel

İki kimsenin bir vedî'ada nizâ'larına dâirdir.

1. Mes'ele: Bir kimse yedinde bulunan yüz altun için, iki kimseden her biri müstakıllen kendisinin olup kendisi îdâ' ettiğini iddia ettikleri halde o kimesne bunlardan her birisi için inkâr ettiği takdîrde o kimesne ikisi için dahi tahlîf olunur. Bed'-i yemînde hâkim muhtâr olup hangisinden ister ise onun yemîniyle bed' edebilir. Şu kadar ki ol kimseler bu babda yâni bed'-i yemînde nizâ' ettikleri takdîrde

ibtidaen kime yemîn vereceğini kur'a ile tayîn eder. İmdi o kimesne ikisinin teklif ettiği yemînden dahi nükûl ederse müdde'â-bih yüz altun, iki müdde'î beyninde müşterek olup o kimesne diğer bir yüz altını dahi bunlara vermesi ve ol vechile her birine yüzer altun i'ta eylemesi lâzım gelir. Zîra yalnız birisi için hüküm etmekte evleviyyet yoktur; o kimesne ikisi için dahi yemîn eder ise, ol kimseler o kimesneden nesne alamazlar. Zîra hüccet yoktur. Ve o kimesne birisi için yemîn edip diğeri için nükûl eder ise, nükûl ettiği için hüküm olunup diğeri için bir şey hükmolunamaz. Zîra hüccet birisi için bulunup diğeri için bulunmadı.

2. Mes'ele: Mes'ele-i ânife vechile ikisi için yemîn teklif olunacak olduğunda, evvelâ birisi için yemîn teklif olunmakla nükûl etse hükümde ta'cil olunmayıp diğeri için dahi tahlîfi lâzım gelir. Hatta evvelen birisi için teklif olunan yemînden nükûl etmekle, diğeri için yemîn teklif etmeden hâkim hüküm etse, hükmü nâfiz olmaz.

3. Mes'ele: Müdde'â-aleyh "Meblağ-ı mezkûrü ikinizden biri îdâ' etti ama hanginiz olduğunu bilmiyorum." dediğinde, müdde'iler meblağ-ı mezkûrü almakta ittifak edip alabilirler. Ve artık müdde'â-aleyh üzerine mes'ele-i ûlâ vechile zamân yoktur. Ve müdde'îler bu vecihle ittifak edip alacak olduklarında müdde'â-aleyh onlara teslîmden imtinâ' edemez. Ve müdde'îler ittifak edemedikleri takdîrde her biri müdde'â-bih kendisinin bulunmadığına dair müdde'â-aleyhe yemîn teklif edebilirler. Yemîn eder ise müdde'â-aleyh ikisinin da'vâsından dahi berî olur. Nükûl eder ise mes'ele-i ûlâ ve sâniye vechile muâmele olunur. *(Bahr)*

Mebhas-i Sânî

[Mûdi' ile müstevda' arasındaki bazı ihtilâfa dâir.]

5. Mes'ele: Mûdi' müstevda'a "Benim sende şöyle bir mal vedî'am vardır dediği halde müstevda'-ı mezkûr, mal benim mülkümdür." dese, söz müstevda'ındır. (76. maddeye bak.)

Nitekim bir kimse diğer kimesneye "Benim sende bin kuruş vedî'am var idi bana verdin." dediğinde, mukarrun-leh yâni o kimesne, senin bende "Vedî'an yok idi verdiğim para benimdir geri ver." dese, söz mukarrun-lehindir.

Kezâ bir kimse diğer kimesneye "Benim sende şöyle bir ariyet hayvanım var idi, ba'de'l-isti'mâl bana iâde ettin." dediği halde o kimesne "Mezkûr hayvan benim mülkümdür." dese, İmameyne göre hüküm böyledir. Yâni bunda dahi söz, mukarrun-lehin, yâni o kimesnenin olur. Amma İmam-ı A'zam'a göre söz mukırrındır. *(Bezzâziyye)*

6. Mes'ele: Müstevda' bana vedî'a vermedin diye inkârı üzerine mûdi' îdâ'ı isbât ettikden sonra müstevda' vedî'anın telef olduğunu isbât edecek olsa, kabûl edilmeyip zamân lâzım gelir. Müstevda'ın şahitleri vedî'anın telefi gerek ba'de'l-cuhûd olduğuna şahâdet etsinler, gerek kable'l-cuhûd olduğuna şahâdet etsinler. Amma müstevda', bende senin vedî'an yoktur veya senin vedî'an benim üzerime lâzım değildir diye inkâr ettikden sonra kable'l-cuhûd telef olduğuna ikāme-i beyyine

etse, kabûl olunur ise de ba'de'l-cuhûd telef olduğuna ikāme-i beyyine etse yine zamân lâzım gelir. (794. madde şerhine bak.) ***(Tenvirü'l-Eebsar ve'd-Dürrü'l-Muhtar ve tekmiletühü)*** Ve kable'l-cuhûd telef olduğuna ikāme-i beyyine edemeyip mûdi'in yemînini taleb ettiğinde, kable'l-cuhûd telef olduğunu bilmediğine tahlîf olunur.

Şu kadar ki müstevda' bende vedî'an yoktur diye inkârından sonra telef olduğuna ikāme ettiği şâhidler, mutlaka telefe şahâdet edip, kable'l-cuhûd telef olduğuna şahâdet etmeseler zamân lâzım gelir.

7. Mes'ele: Müstevda' "Vedî'ayı sana verdim." dedikten sonra, "Vermedim, zâyi' oldu." diyecek olsa, zamân lâzım geleceği gibi, zâyi' oldu dedikten sonra "Redd etmişidim lâkin zâyi' oldu diye söylediğim sözde hata ettim." dese yine zamân lâzım gelir.

8. Mes'ele: Müstevda' "Senden bin kuruş vedî'a almışidim, yedimde bilâ-ta'add velâ taksîr telef oldu." ve mûdi' "Vedî'aten almayıp gasben aldın." diye ihtilâf ettiklerinde müstevda' zâmin olur.

Amma müstevda' "Sen bana bin kuruş vedî'a vermişidin, ber-vech-i mezkûr zâyi' oldu." ve mûdi' "Gasben aldın." diye ihtilâf ettiklerinde müstevda'a zamân lâzım gelmez. Nitekim müstevda', "Verdiğin para vedî'a idi, bilâ-ta'add velâ taksîr zâyi' oldu zamân lâzım gelmez.", ve mûdi' "Ödünç idi." diye ihtilâf ettiklerinde zamân lâzım gelmez.

9. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye, bin kuruş ödünç ve başka bin kuruş vedî'a vermekle, müstevda' mûdi'a: "Sana verdiğim bin kuruş alacağına mukabil idi, vedî'a zâyi' oldu." dese, söz ma'a'l-yemîn müstevda'ındır.

Vallahü Sübhânehü ve Te'âlâ a'lemü.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-EMÂNÂT

BÂB-I SÂLİS

[Âriyet hakkında olup iki faslı şâmildir.]

Âriyet ile vedî'a bir kitabda getirildi. Zîra ikisinin emânet olmakta iştirakleri vardır.

Ve âriyet vedî'adan te'hîr olundu. Zîra âriyetde hem temlîk, yâni temlîk-i nef' hem de îdâ' mevcûd iken vedî'ada yalnız îdâ' bulunup temlîk bulunmamakla vedî'a müfred ve âriyet mürekkebdir. Bu cihetle bu mu'âmelede ednâdan a'lâya terakki vardır. Yağmurun evvelî damla iken sonra boşanır. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Âriyetin edille-i meşrû'iyyeti:

Âriyetin meşrû'iyyeti Kitâb ve Sünnet ve İcmâ'-ı ümmet ile sâbit olmuştur. (*Tahtâvî*)

Kitâb, "***Ve yemne'ûne'l-mâ'ûn***" ayet-i kerîmesi olup "***ve yemne'ûn ma yete'âverûn***" diye tefsîr olunmuştur.

Te'âvür, tenâvüb fi'l-intifâ' demek olup dilediği vâki't bi'l-istirdâd nevbet-i intifâ'ı kendisine iâde eylemek üzre mülkü ile intifâ'ı gayri için kalmak ma'nâsınadır.

İmdi âriyet tenâvüb fi'l-intifâ' olmak cihetiyle mekîlât ve mevzûnât gibi istihlâkü'l-ayn edilmeksizin intifâ' mümkün olmayan şeylerde i'âre câiz değildir. Vacib Te'âlâ ve tekaddes men'-i mâ'ûnu, yâni adem-i i'âreyi zem buyurmasıyla i'âre mahmûde olduğu anlaşıldı.

İ'ârenin mehâsini, icâbet-i muztarrda niyâbet ani'llahi Te'âlâdır. Zîra i'âre karz gibi ancak muhtac için olur. Binâenaleyh sadakanın sevabı bire on iken, -li kavlihi Te'âlâ-: "***Men câ'e bi'l-haseneti felehü aşru emsâlihâ***" (En'âm 6/160) karzın sevabı bire on sekizdir. Yâni i'âre muztarra olup, mu'îr düçar-ı ıztırâr olan müste'îre i'âne eylediğinde bu i'ânede gûya Allah tebâreke ve Te'âlâ'dan nâibdir. Amma mu'îrin fi'ili Allahü Te'âlâ'dan olmakla hakîkatde niyâbet yoktur. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Sünnet dahi fi'li'r-Resûlden ibâretdir ki, aleyhissalâtü ve's-selâm hazretleri Ebu Talha radıyâllahü Te'âlâ anhden bir feresi isti'âre buyurup ona râkib olmuşlardır.

Ümmet: Dahi i'ârenin civarında müttefik olup; fakat ekser ulemâ müstehabbe olduğuna kāil oldukları halde diğer bazı ulemâ ise vâcibe bulunduğuna zâhib olmuşlardır. *(Redd-i muhtâr)*

Âriyet, müşeddetü'l-ya olarak âreye mensub demek olup, âre dahi i'âreden isimdir. Yoksa taleb-i âriyet âr olmakla âre nisbet edilmiş değildir. Zîra bâlâda beyân olunduğu üzre isti'âre Nebiyyi âlî-makāl aleyhissalâtü vesselâmdan sâdır olup halbuki mûcib-i âr olan fi'ili irtikâb buyurmazlar idi. Ve ulüvv-i-kadr ve rif'at-şâni bâis-i âr olan ef'âlden eb'ad idi.

Âriyet lafzı muhaffef olarak dahi kırâet olunması câiz olduğunu Cevherî zikreylemiştir. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr).*

FASL-I EVVEL

[Akid ve şart-ı i'âreye müte'allik mesâil beyânındadır.]

Rükn-i i'âre dört şeydir. 1-Sîğa, 2-Mu'îr, 3-Müste'îr, 4-Mu'ârdır.

Şart-i i'ârenin inva-ı erbaası:

Şart-ı i'âre dört nev' olup birincisi müste'âre ve ikincisi mu'îre ve üçüncüsü müste'îre ve dördüncüsü kabza aid olur. İmdi birincisi 808. ve 818. maddelerde ve üçüncüsü 809. maddede ve dördüncüsü dahi 810. maddede mezkûrdür.

806. ve 807. maddeler şu ünvan tahtında dâhil mesâilden olmadığı cihetle bunlar fasl-ı sâni ünvânı tahtında yazılmak münâsib idi.

804. MADDE

[**İ'âre, îcâb ve kabûl ile ve te'âtî ile mün'akid olur.**] Îcâb ve kabûl, lafza mahsûs olduğu 101. ve 102. maddelerden müstefâd bulunduğu o maddeler şerhinde îzah olunmuş idi. Binâenaleyh bu maddede îcâb ve kabûl sözüyle ve te'âtî ta'biri müstedrek olmaz. Şu halde rükn-i i'âre îcâb ve kabûlden ve te'âtîden ibâret olmuş olur. (149. maddeye bak.)

Ahkâm-ı müstefâde: Bu maddede i'ârenin in'ıkādı îcâb ve kabûl ile olacağı zikrolunmasıyla üç hüküm müstefâd olur.

Hükm-i evvel: Bilâ-îcâb velâ kabûl i'âre mün'akid olmaz.

Bu cihetle bir kimse diğer kimesneden bir mal isti'âre etmek için bir şahsı resûlen gönderip de, şahs-ı merkūm o kimesneye vardığında hânesinde bulamadığı cihetle, o malı hânesinden alıp ol kimseye vererek bir şey de söylemeyip müste'îr yedinde o mal telef olsa o kimesne muhayyerdir. Dilerse resûle, dilerse resûl-i merkūmdan kabz eden ol kimseye tazmîn ettirir de hangisi zâmin olursa diğerine rücû' edemez. (891. madde ile 658. madde şerhine bak.)

Hükm-i sâni: Yalnız îcâb ile i'âre mün'akid olmaz. Îcâb eden velev ki mu'îr olsun. Ve belki müste'îrin mal kendisine i'âre olunduğuna ilmi lâhık olması şarttır.

Bu cihetle bir kimse "Şu hayvanımı yahut şu rubamı filan kimesneye i'âre ettim." deyip de o kimesne orada hâzır ve mu'îrin bu sözlerini işitmiş değil iken mezkûr hayvanı veya rubayı alıp da yedinde telef olsa zâmin olur. Zîra îcâb ve kabûlde istimâ' şart olduğu 167. madde şerhinde beyân olundu.

Amma mu'îrin bu sözünü kendisi yâni müste'îr veya resûlü istimâ' eylese veyâhut fuzûlî-i adl istimâ' edip de müste'îre yâni o kimesneye ihbar etse de müste'îr ba'dehü alsa zâmin olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).* Zîra bundan sonra almak fi'ilen kabûldür.

Hükm-i Sâlis: Bilâ-îcâb dahi âriyet mün'akid olmaz.

Bu cihetle min gayr-i sebkı'l-isti'âre, bir kimse diğer kimesneye "Şu hayvanımı al istihdam ve isti'mâl et." dese de o da alsa âriyet olmayıp belki akd-i vedî'a olarak mûdi' tarafından müstevda'a intifâ' etmek üzre izin vermiş olacağından ol hayvanın nafakası sâhibi yâni ol kimse üzerine olur. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*. Yoksa 815. madde kabîlinden olmaz.

1- [**Meselâ bir kimse birine şu malı sana i'âre ettim yahut âriyet verdim**] yahut şu malımın menfa'atini bilâ-ıvaz sana temlîk ettim [**deyip o dahi kabûl eyledim dese**] 2-[**Yahut bir şey söylemeyerek kabz etse**] 3-[**Veyahut biri diğerine şu malı bana âriyet ver deyip o dahi verse**] de müste'îr dahi kabz etse [**i'âre mün'akid olur.**]

Ahkâm-ı müstefâde:

Bu misâlden altı mes'ele müstefâd olur.

Mes'ele-i ûlâ: "Meselâ" denilmekle akd-i âriyet bu elfâza munhasır olmadığı müstebân olur. Bu cihetle bir kimse diğer kimesneye "Bu hayvanı isti'mâl emek üzre sana karz verdim." deyip de o da kabûl etse, bu muâmele âriyet olup yoksa karz-ı fasid olmaz. Zîra karz-ı fasid, hayvanı istihlâkle intifâ' ve sonra mislini redd etmek üzre ahz olup bu ise kıymetiyle mazmûn olur. *(Bahr)*

"Rubamı bir gün giymek için sana ikrâz ettim veya şu hânemde bir sene sakin olmak üzre onu sana ikrâz eyledim." deyip de müsta'ir dahi kabûl etse, i'âre mün'akid olacağı

gibi, mu'îr "Şu hayvanımı kullanmak ve ona yem vermek üzre sana verdim." dese âriyet olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Lâkin icâre lafzıyla in'ıkād-ı i'ârede iki kavîl bulunup, kavl-i evvele göre icâre lafzıyla i'âre mün'akid olur.

Meselâ bir kimse diğer kimesneye, "Şu hânemi bir ay müddetle meccânen îcâr ettim." yahut bir ay lafzı söylemeyip "Şu hânemi meccânen îcâr ettim." dese, bu kavle göre i'âre mün'akid olur. (2. madde ile şerhine bak.)

Kavl-i sâniye göre icâre lafzıyla i'âre mün'akid olmayıp, belki lafz-ı mezkûr ile icâre-i fâside mün'akid olur ki, *Hindiyye*'nin zâhirinden bu ikinci kavle itimad ettiği anlaşılır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).* (405. madde şerhine bak.)

Mes'ele-i sâniye: Îcâb, mu'îr ve kabûl, müste'îr tarafından olabileceği gibi, aksiyle yâni îcâb, müste'îr ve kabûl, mu'îr tarafından dahi olabilir. Nitekim bey' ve icârede dahi hüküm böyle olduğu oralarda beyân olunmuş idi.

Mes'ele-i sâlise: Rükn-i âriyet üçtür.

Birincisi, hem îcâb ve hem de kabûl lafzî ve kavlî; ve ikincisi, îcâb ve kabûlden biri lafzî ve kavlî; ve üçüncüsü, hem îcâb ve hem de kabûl fi'ilî olur ki bunlardan yalnız üçüncü sûret te'âtî olup, amma birinci ile ikinci sûret te'âtî olmaz.

İmdi müste'îrin veya mu'îrin kabûlü kavlen olabileceği gibi fi'ilen dahi olabilir. Mu'îrin "Şu malı sana i'âre ettim." demesi üzerine, müste'îrin müste'ârı kabz veya müste'îrin "Bu malı senden isti'âre ettim." demesi üzerine mu'îrin o malı ona teslîm eylemesi gibi.

Mecelle'deki misâlin birinci fıkrası; îcâb ve kabûl, lafzî ve kavlîye ve ikinci fıkrası; îcâb ve kabûl, fi'lîye misâldir.

Şu maddede te'âtîye misâl var mıdır?

Te'âtî, müfâ'ale babından yâni mu'âtâtdan me'huz olup tenâvül demek olur ki, bir taraftan i'tâ ve diğer cânibden kabz ile hâsıl olur. Bina-berîn bir taraftan kavlen îcâb ve diğer cânibden fi'len kabûl yâni, kabz te'âtî sayılmaz. Nitekim *Mecelle*'nin 175. maddesinden dahi anlaşılır. Şu halde "...yahut bir şey söylemeyerek kabz etse" fıkrası te'atîye misâl değildir. Fakat ondan sonra gelen "yahut biri diğerine .....ilâ âhirihi" fıkrasında te'âtîye misâl vardır denilebilir. Şöyle ki *Mecelle* misâlinde "o dahi verse" ibâresi bir taraftan i'tâya delâlet ettiği gibi bu ibâreden sonra, müste'îr kabz etse lafzı mukadder itibar olunup, şu halde mu'îr tarafından i'tâ ve müste'îr cânibinden dahi kabz bulunarak te'âtî ile i'âre mün'akid olur. Bu sûretde *Mecelle*'deki "Şu malı bana âriyet ver, deyip de" ibâresi i'tânın alâ sebî-

li'l-âriye olmasına karîne olmuş olur. Zîra i'tâ, alâ sebîli'l-hibe dahi olur ise de, hibe a'lâ, ve i'âre ednâ olmakla, a'lâya delîl olmadıkça ednâya masrûf olur.

Mes'ele-i râbi'a: Va'd ile âriyet mün'akid olmaz.

Binâenaleyh bir kimse diğer kimesneye "Yarın için şu hayvanı bana âriyet ver." deyip de, o kimesne dahi "Yarın veririm." dese de ol kimse o gün "yarın" varıp bilâ-izin alsa gâsıb olur. Zîra bu mes'elede âriyet mün'akid olmayıp, mücerred va'dden ibâret kaldı.

Fakat, bir kimse diğer kimesneden yarın için bir hayvanı isti'âre edip de, o kimesne dahi i'âre etmekle, müste'îr ol gün varıp hayvanı alsa i'âre tamam olur. Zîra bu mes'elede yarın için bugün i'âre mün'akid oldu.

Mes'ele-i hâmise: Menâfi'-i mümellekenin cehâleti i'âreyi ifsad eylemez. Şu cihetle ki i'ârede cehâlet-i menâfi' bâis-i nizâ' olmaz. Ve her cehâlet ki bâis-i nizâ' olmaya, o cehâlet fesâd-ı akdi îcâb eylemez. Bu cehâletin bâis-i nizâ' olmaması şundandır. İ'âre akd-i lâzım olmamakla mu'îr "eğer müste'îrin istîfaya ibtidâr ettiği menfa'ate" râzı değil ise istediği saat ve dakikada fesh-i akd ile mu'ârı istirdâd edebilir. Amma ukūd-ı mu'âvaza, lâzime olmakla ondaki cehâlet bâis-i nizâ' olur. Bey' ve icâre gibi. *(Zeylai)*

Mes'ele-i sâdise: Misaldeki "şu malımı" ta'birinden müstefâd olur ki, ayn-ı müste'ârın malûmiyyeti sıhhat-i i'ârede şarttır. (811. maddeye bak.)

Mes'ele-i sâbîa: "Malımı" lafzı delâlet eder ki müste'âr mu'îrin mülkü olması şarttır. Zîra i'âre temlîk-i menfa'atten ibâret olup, temlîk ise ancak mâlikten olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Bahr)*

Bu cihetle 822. maddede zikrolunduğu vechile zevce, zevcinin atını bilâ-izni'z-zevc bir kimesneye i'âre edemeyeceği gibi, müste'âr mâl-i mağsub çıksa, mal sâhibi dilerse mu'îre ve dilerse müste'îre tazmîn ettirir. Nitekim 813. madde şerhinde îzah olunur.

Şu kadar var ki mu'îrin, müste'ârın rakabesine mâlik olması şart olmayıp menfa'atine mâlik olması dahi sıhhat-i i'ârede kâfidir.

Bu cihetle müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan me'cûru müste'cir, âhara i'âre edebileceği gibi, 819. ve 820. maddelerde zikrolunduğu vecihle müste'îr dahi müste'ârı âhara i'âre edebilir.

805. MADDE

[**Mu'îrin sükûtu**] müste'îr tarafından vukū' bulan îcâbı [**kabûl sayılmaz**] *(Bahr)* yâni müste'îrin îcâbı üzerine mu'îr sükût etse, i'âre mün'akid olmaz. Zîra madde-i sâbıkada beyân olunduğu üzre i'âre, îcâb ve kabûl veya te'âtî ile mün'akid olup, sükût ise bunlardan biri değildir. Ve bir de sâkite söz isnad olunmayacağı 67. maddede beyân olunmuş idi.

[**Binâenaleyh bir kimse birinden**] ma'lûm [**bir şey âriyet isteyip de sâhibi sükût eylemiş olduğu halde**] ol kimse ol şeyi [**alsa gāsıb**] ve bina-berîn ol şey o kimse yedinde ta'addî veya taksîr ile veyahut ta'addî ve taksîri olmaksızın telef olduğunda, zâmin [**olur.**] (891. maddeye bak.)

806. MADDE

Âriyet, akd-i lâzime değildir. Belki teberru'âttandır.

Binâenaleyh, ehad-i tarafeynin, fesh-i i'âreye hakkı vardır. (114. madde şerhine bak.) Buna müteferri' bazı mesâil:

Evvelen: [**Mu'îr istediği vakit**] velev ki müste'îr âriyeti henüz kullanmamış olsun. [**İ'âreden rücû'**] ile mu'ârı istirdâd [**edebilir.**] İ'âre, gerek muvakkate veya mukayyede olsun, gerek olmasın. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).* Ve müste'âr gerek bina veya zer' için i'âre olunmuş arsa veya arz olsun ve gerek başka şey olsun. Ve mu'îrin rücû'unda müste'îre gerek zarar-bîn bulunsun gerek bulunmasın.

832. maddesi şu maddenin müstesnâsı olmadığı, mezkûr madde şerhinde verilecek îzâhâttan anlaşılır.

Âriyetten cevâz-ı rücû' iki dürlü isbât olunmuştur. **Birincisi**, delîl-i şer'îdir ki "المنحة مردودة والعارية مؤداة" hadis-i şerifidir. *(İnaye)* **İkincisi**, delîl-i aklîdir.Şöyle ki menâfi' şey'en-fe-şey'en hâdis olup, menâfi'-i mezkûrede mülk, menâfi'in hudûsiyle sâbit olacağından "Çünkü ma'dûmda sübût-i mülk müstehîldir." İ'âreden rücû', henüz sâbit olmayan menâfi'in temlîkinden imtinâ' olup, buna ise mu'îrin selâhiyyeti vardır. *(Zeylaî)* Hatta icârede dahi rücû' ve fesh câiz olmalıydı diye 406. madde şerhinde bir suâl ve cevab zikredilmiş idi.

İ'âreden rücû'un kerahâtî: İ'âreden rücû' câiz ise de, i'âre muvakkat olunca, kable temami'l-vakt rücû'da halef-i va'd bulunmakla mekruhdur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

İ'âreden rücû' olunduğunda akd-i i'âre bâtıl ve münfesih olur. 825. madde ile 831. maddenin fıkra-i sâniyesi bu maddenin fer'îdir.

Müste'ir, hâne-i müste'ârda bilâ emri'l-mu'îr bina-i hâit gibi bazı inşâatta bulunduktan sonra mu'îr i'âreden rücû' ettiğinde müste'îr masrafını mu'îrden taleb edemez.[1]

Sâniyen, bir kimse bir hâneyi isti'âre edip de mu'îr ol kimseye kendi yâni müste'îr için bâzı ebniye yapmağa izin verse de sonra mu'îr hâneyi cemî' hukukiyle satsa müste'îr binasını hedm etmesi lâzım gelir. Ba'de't-taleb redde muktedir iken redde tefrît etse zâmin olur.

---

1 وليس له ان يهدم الحائط ان كان البناء من تراب الارض, بحر.

Sâlisen, bir kimse hânesi duvarını diğer şahsa kiriş koymak için i'âre ettikten sonra ol kimse hânesini bir adama satsa, ol adam o şahsa kirişini ref' ettirebilir. Meğer ki bayi' hîn-i bey'inde ol kirişin mezkûr duvarda bekā ve kararını şart ede. O halde ref' ettiremez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Amma müste'îr, hin-i bey'de mezkûr kirişin bekāsını şart etse bu şart mu'teber değildir.

Râbi'an, bir kimse hânesi duvarını diğer kimesneye kiriş koymak için i'âre edip o kimesne dahi kiriş vaz' ettikten sonra mu'îr fevt olsa, vârisi kirişi ref ettirebilir. Velev ki kirişi koyduğu vakit kararı, yâni orada kirişin bekāsı şart edile. Binâenaleyh bi-şartı'l-karar bey' ile irs beyninde fark vardır. *(Dürr-i muhtâr ve Redd-i muhtâr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Hâmisen, bir kimse kendi arsasında nefsi için bina yapmak üzre vârisine izin yâni arsasını ol vechile ona i'âre edip de vâris dahi bina inşa ettikten sonra mu'îr vefât etse, diğer veresesi mezkûr binayı ref' ettirebilirler. Meğer ki verese terekeyi iktisâm ederek mezkûr arsa, ebniye yapan vârisin hissesine isâbet ede.

Sâdisen, bir kimse bir dârı (evi) isti'âre etmekle, müste'îr bilâ-izni'l-mâlik yâhut kendi nefsi için bina yapmak üzre izin alsa da onda bina yaptıktan sonra mal sâhibi dârı satsa müste'îr binayı hedm ile dârı müşteriye redde mecburdur.

Sâbi'an, arazî-i emîriyyede bina yapmak üzre sâhib-i arzdan izin alıp da henüz bina yapmadan sâhib-i arz izninden rücû' ederek, onu bina yapmaktan men' edebilir.

Sâminen, müste'îr dahi akd-i i'âreyi feshedebilir. Binâenaleyh bu maddede mu'îr ta'biri, ihtirazî değildir. Meselâ müste'îr müste'âr arsada ebniye yaptıktan sonra dilediği vakit ebniyeyi kal' edebilir. İ'âre gerek muvakkate olsun gerek olmasın. Şu halde müste'îr dahi dilediği vakit akd-i i'âreyi feshedebilir.

Nitekim mu'îr ve müste'îr ittifak ederek âriyeti feshettiklerinde, âriyet münfesih olacağı gibi âriyetin üç vecihle infisâhı: Şu halde âriyet üç vecihle münfesih olabilir.

1-Yalnız mu'îrin feshiyle, 2-Yalnız müste'îrin feshiyle, 3-Mu'îr ve müste'îrin bi'l-ittifak feshiyle âriyet münfesih olur. *(Redd-i muhtâr)* Binâenaleyh şu mes'elede âriyet vedî'a gibidir. (874. maddeye bak.)

Âriyetin lâzım olduğu mes'ele: Vasiyette âriyet lâzım olur. Şöyle ki, bir kimse âriyet ile vasiyet edip de, sülüs-i malı müsâid olmakla berâber mûsâ-leh ba'de mevti'l-mûsî bu vasîyyeti kabûl edince, mu'îrin veresesi rücû' edemez. Âriyet gerek mutlaka olsun ve gerek mukayyede olsun. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

807. MADDE

[**Mu'îr ve müste'îrden herhangisi fevt olsa akd-i i'âre münfesih olur.**] Bey' ve hibe ve sadaka gibi tasarrufat, ehad-i âkıdeynin vefâtiyle münfesih olmadığı halde i'ârenin infisâhının sebebi şudur. Madde-i ânife şerhinde beyân olunduğu üzre ma'dûm, mahall-i mülk olmamakla müste'îrin kendisine temlîk olunan menâfi'a mülkünün sübûtu, ol menâfi' mevcûd oldukça hâsıl olup, kable'l-vücûd mülk yoktur. Menâfi'-i âtiyenin vücûdundan evvel müste'îr fevt olarak mülke ehliyetten çıktığında, menâfi'-i âtiyede i'âre münfesih olur. Nitekim menâfi'-i âtiyenin vücûdundan evvel mu'îr fevt olarak müste'âr veresesine intikal ettiğinde, verese i'âre etmiş olmadıklarından i'ârenin hükmü kalmaz.

İnfisâh-ı i'âre üzerine müteferri' mesâil:

Vefat-ı ehad-i tarafeyn ile infisâh-ı i'âre üzerine âtî'z-zikr iki mes'ele teferru' eder.

Mes'ele-i ûlâ, mu'îr vefât ettiğinde, müste'îr artık ol âriyet ile intifâ' edemeyip, eder ise gāsıb olur. (96. maddeye bak.)

Mes'ele-i sâniye, müste'îr vefât etse, vârisi müste'ârı isti'mâl eyleyemez. Zîra müste'îr, müste'ârı vâris-i merkūma i'âre eylememiş olmakla vâris-i merkūmun isti'mâli bilâ-izin olarak, 96. madde mûcibince, isti'mâli gayr-i câiz ve gasb hükmünde olur. Bu sûretde isti'mâl eder de telef olursa zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Mu'îr ve müste'îr ikisi de ma'an veya müte'âkiben fevt olsa i'âre münfesih olacağı bu maddeden müstefâd olunur.

Techilü'l-âriye: Müste'îrin vefâtı cihetiyle akd-i âriyet ber-vech-i meşrûh münfesih olduğuna mebnî, mu'âr terekesinde mevcûd olmasa yâni müste'îr mücehhelen vefât etse, vedî'ada olduğu gibi; terekesinden zamân lâzım gelir. (801. maddeye ve şerhine bak.)

Meselâ bir kimse bir kılıcı isti'âre ettikten sonra, kılıcın hâlini beyân etmeden mücehhelen vefât edip, verese dahi kılıç ne olduğunu bilmediklerini beyân etseler, onun kıymeti müteveffânın terekesinden alınır.

808. MADDE

[**Müste'ârın**] 1-Aynı istihlâk edilmeksizin [**intifâ'a sâlih olması**] 2-ve akd-i âriyetde ıvaz meşrût ve 3-müste'âr taht-ı vesâyetde bulunan sabî olmaması [**şarttır.**]

"Müste'ârın intifâ'a sâlih olması" ibâresinden müste'âr için bir zâbıta hâsıl olur. Şöyle ki bekā-i ayn ile berâber intifâ'a sâlih olan her şeyin i'âresi câiz olur.

Amma intifâ‘, zehab-ı ayna mevkūf olursa bu i‘âre sahîh değildir. Binâenaleyh şem‘anın vukūd, ve et‘imenin ekl, ve sabunun gasl için i‘âresi sahîh olmaz. Zîra, bunlarla intifa‘ zehab-ı ayn ile hâsıl olur. *(Bâcûrî)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1-Aynı istihlâk edilmeksizin .....ilâ âhirihi denildi.

[**Binâenaleyh**] derâhim ve denanîr ve arpa ve buğday ve adediyyât-ı mütefâvite gibi intifâ‘, istihlâk-i ayna mevkūf bulunan şeylerin i‘âre ve isti‘âresi sahîh olmadığı gibi [**firârî hayvanın i‘âre ve isti‘âresi sahîh değildir.**] Yâni bâtıldır. Hatta mücerred bu i‘âre üzerine müste‘îr firarî hayvanı tutup bilâ-izin isti‘mâl etse gāsıb olacağı gibi, müste‘îr mu‘âr bulunan firarî hayvanı tutup muhâfaza etmedi zâyi‘ oldu diye mu‘îr ondan tazmînat taleb edemez.

Misliyyâtın i‘âresi karzdır.

Bu gibi derâhim ve denânîr ve ceviz ve beyz (yumurta) ve misliyyât-ı sâirenin i‘âre ve isti‘âresi inde'l-ıtlâk karz ma‘nâsında müsta‘meldir. Münâsebet dahi karz ile âriyetin ikisi de akd-i teberru‘ olarak âkıdeynden ikisinin de hakk-ı rücû‘u olmasıdır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*. (61. maddeye bak.)

Bu cihetle bir kimse diğer kimesneye, "Şu kadar kileden ibâret bulunan şu arpamı sana i‘âre ettim." dese karz olur. (2. maddeye bak.)

Bunların i‘âresinin karza mahmûl olmasının sebebi şudur. İ‘âre bunlarla intifâ‘a izin olup, bunlarla intifâ‘ ancak a‘yanın istihlâkiyle olur. İstihlak ise mülke tevekkuf edeceğinden bi'z-zarûre aynının temlîkini iktizâ eyledi. Temlik-i ayn ise hibe ile olabileceği gibi, karz ile dahi olur. Halbuki karz zarar cihetince hibeden ednâdır. Çünkü karz redd-i misli îcâb eder ki bu misil, ikrâz olunan ayn makāmına kāim olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

İstisna: Misliyyâtın i‘âresi ber-vech-i meşrûh karz ise de, bunların aynları bakī olmak üzre isti‘mâl olunmak için bir menfa‘at beyân edilir ise yine âriyet olacağına şüphe yoktur. Zîra bu halde, ma‘a bekāi'l-ayn temlîk-i nef‘ ma‘nâsına olan i‘âre ile amel mümkün olup hakīkat mümkün iken mecaza gidilmez. (17. maddeye bak.)

Meselâ bir kimse kendi altınını ayar etmek üzre diğer kimesneden bir altını veya dükkânını tezyîn eylemek için bazı emvâli isti‘âre eylese, bu muâmele hakīketen âriyet olacağı cihetle müste‘îr bunları istihlâk ve tayîn kılınan sûretden başka türlü intifâ‘ edemez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Kıyemiyyâtın istihlâki üzerine vârid olan i'âre, karz-ı fasiddir. şöyle ki kıyemiyyat, istihlâk edilmek üzre âriyet verildiğinde karz olur. Meselâ bir kimse binasına konmak yâni inşâ etmekte olduğu ebniyede kullanılmak ve sarf etmek üzre bir ağaç yahut kerpiç veyahut elbisesine ek yapmak üzre bir miktar kumaş isti'âre etse, hakîkaten isti'âre olmayıp karz olduğundan, sonra bedelini yâni müste'îrin istihlâk ettiği malın kıymetini zâmin olur. Lâkin ba'dehü yine geri iâde etmek üzre isti'âre etse yine âriyet olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Nitekim bir kimse diğer kimesneye "Şu tabak tatlıyı sana i'âre ettim." dese de o da ahz ve istihlâk etse, karz olarak o kimesne zâmin olur. Meğer ki beynlerinde şol derece büsûtat ve teklifsizlik ola ki ibâhaya delâlet ede. O halde bu muâmele ibâha olur.

2- Ivazın adem-i şartı lâzım olduğu zikrolundu. Zîra 765. madde şerhinde dahi îzah olunduğu üzre i'ârede ıvaz şart edilirse i'âre olmayıp icâre olur. Çünkü icâre, i'âre lafzıyla mün'akid olur. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)* (3. maddeye bak.)

3- Müste'âr taht-ı vesâyetde ve velâyette olan sabî olmaması şarttır, denildi. Zîra menâfi'-i sağîr ile teberru' câiz değildir. (58. maddeye bak.) Nitekim 599. madde ile şerhinde îzah olunmuş idi. Bu cihetle baba, ibn-i sağîrini âhara i'âre edemez. şu kadar ki ta'lîm-i sanat için üstâda i'âre ile ona hizmet ettirebilir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

809. MADDE

Evvelen, [**mu'îr ve**] sâniyen, [**müste'îrin âkıl olmaları**] ve sâlisen, müste'îrin muayyen olması; râbi'an, mu'îrin velev ki menfa'ate mâlik bulunması; hâmisen, mu'îrin mükreh bulunmaması sıhhat-i i'ârede [**şarttır,**] bey' ve icâre ve îdâ' gibi her akidde şart olduğu gibi.

Amma mu'îr ile müste'îrin [**bâliğ olmaları**] sıhhat-i i'ârede [**şart değildir.**] Nitekim vedî'ada dahi hüküm böyle idi. (776. maddeye bak.)

[**Binâenaleyh, mecnûn ile sabî-i gayr-i mümeyyizin i'âre ve isti'âreleri câiz olmaz.**] Bu fıkra, şu maddenin fıkra-i ûlâsına müteferri'dir.

Nitekim müste'îr muayyen değilse i'âre sahîh olmaz. Binâenaleyh mu'îr, iki kişiye hitâben "Bu malımı birinize i'âre ettim." dese sahîh olmaz. *(Bacûrî)* Mu'îr, i'âre ettiği malın menfa'atine mâlik olur ise sahîh olur. Binâenaleyh, menfa'at kendisine vasıyyet edilen kimesne onu âhara i'âre etse sahîh olur. (820. maddeye bakınız.) Mu'îr, mükreh olur ise yine i'âre sahîh olmaz, müste'îr gāsıb olur. *(Bâcûrî)*

Mahcûrînin i'âre ve isti'ârelerinin adem-i cevâzına müteferri' mesâil:

Bunların i'âreleri câiz olmayınca, bir kimse mecnûndan bir mal isti'âre ve ahz etse gāsıb olacağı gibi, isti'âreleri câiz olmayınca bir kimse mecnûna bir mal i'âre ve teslîm etse de o da hıfz etmeyip zâyi' olsa, mecnûn mes'ûl olmaz.

Ve bir sabî bir malı diğer sabîye i'âre edip de, müste'âr diğer bir şahsın malı olup, sabî-yi müste'îr yedinde telef olunca dâfi' olan, sabî-i me'zun olduğu takdîrde zamân onun üzerine lâzım olup müste'îr üzerine bir şey lâzım gelmez. (916. maddeye bak.)

Amma müste'îr mahcûr olduğu gibi mu'îr dahi mahcûr olunca mal sâhibi ol iki sabîden hangisinden ister ise tazmîn ettirir.

960. madde şerhinde îzah olunacağı vecihle sabî-yi mahcûr, bir malı kebirden isti'âre ve istihlâk etse zamân lâzım gelmeyip, amma bilâ isti'âre diğerin malını itlâf etse zâmin olur. Nitekim vedî'ada dahi hüküm böyle olduğu 776. madde şerhinde îzah olundu.

Bi'l-velâye ve bi'l-vesâya i'âre:

Baba, bi'l-velâye ve vasî, bi'l-vesâye sağirin malını âhara i'âre edemez. Zîra bu i'âre ticâretten veya ticâret tevâbi'inden olmayıp bedelsiz olarak teberru'dur. *(Bahr ve Dürr-i Muhtâr)* Edip de telef olsa zâmin olur. Ve bunları isti'mâl eden müste'îr üzerine ecr-i misil lâzım gelir. [**Amma sabî-yi me'zunun i'âre ve isti'âresi câiz olur.**] Zîra bu i'âre ve isti'âre tüccarın âdâtındandır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Şu fıkra bu maddenin fıkra-i ahîresine misâldir.

Şu halde bu i'âre ve isti'âre üzerine bu bâbda zikir ve beyân olunan ahkâm-ı âriyet terettüb eder. (957., 966. ve 967. maddelere bak.)

Meselâ bir sabî diğer sabîden bir mal isti'âre ettiğinde, mu'îr me'zun ve o mal dahi kendisinin ise, müste'îre zamân lâzım gelmeyip, amma ol mal sabî-yi me'zûn-ı mu'îrin değil ise, mu'îr zâmin olup, lâkin müste'îr sabî-yi mahcûr olunca, müste'îrin yedinde telef olması mu'îrin taslîtından hâsıl olmakla, müste'îr zâmin olmaz. Ve sabî-i mahcûr ise mal sâhibi dilerse gāsıb olmak cihetiyle mu'îre ve ister ise gāsıbü'l-gāsıb olmak itibariyle müste'îre tazmîn ettrir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Tafsilat-ı ânifeden anlaşıldı ki baba, sağirin malını i'âre edemediği halde, sabî mezun olunca kendi malını i'âre edebilir. Zîra sabî-yi merkūmun i'âresi ticâretin tevâbi'inden olup, amma babanın i'âresi tevâbi'i ticâretden değildir belki teberru'-ı mahzdır.

Müste'âr, müste'îrin sağîr veledi tarafından diğere i'tâ edilmek:

Yed-i müste'îrde bulunan müste'ârı, müste'îrin sağîr-i mahcûr veledi âhara verip da zâyi' olsa, zamân veled-i merkūm ile medfû'un-ileyh yâni âhar üzerinedir. Yâni mu'îr ikisinden hangisinden ister ise ona tazmîn ettirir. (910. maddeye bak.)

810. MADDE

[**Âriyetde**] müste'îrin müste'ârı, mu'îrin sarâhaten veya delâleten izniyle [**kabz**] etmesi [**şart olup, kable'l-kabz**] âriyetin [**hükmü yoktur.**] Çünkü müste'îr müste'âri kabz etmeden ondan intifâ' edemez. Ve âriyet dahi teberruâtdan olup 57. madde hükmünce temamiyyeti kabz iledir.

Sarâhaten izin, "Bu malımı sana i'âre ettim kabz et." demesiyle hâsıl olacağı gibi delâleten izin dahi îcâb-ı âriyetten ibâret olup, mu'îrin îcâbı kabzına delâleten izindir.

Sarâhaten ve delâleten iznin ahkâmı:

Sarâhaten izin verildiğinde hem meclis-i akidde ve hem de meclisden ba'de't-teferru'k kabz câiz olduğu der-kâr ise de, delâleten izin meclis-i akd ile takayyüd eder mi? Hibede takayyüd ettiği gibi. (844. maddeye bak.) Yoksa etmez mi? Bir kimse diğer kimesneye "Yarın için senin filan sevrini (öküzünü)[2] isti'âre ettim." deyip o da "Ben de i'âre ettim." dedikten sonra, yevm-i âtîde müste'îr varıp sevri kabz etse i'âre sahîh olacağı Redd-i muhtâr'da mezkûr olmakla, şu mes'eleye göre i'ârede kabza delâleten izin, meclis-i akd ile takayyüd eylemez. (804. madde şerhine bak.) Bu halde hibe ile i'âre beyninde bu mes'elede fark bulunmak lâzımdır. Vakı'â, hibede hem mülk ve hem de menfa'at mâlikden bi'l-külliye zâil iken, âriyetde yalnız menfa'at muvakkaten zâil olmak ve bir de i'âreden her halde rücû' kābil iken, hibeden ba'zan rücû' kābil olmamak sûretiyle fark vardır.

811. MADDE

[**Müste'ârın ta'yîni**] veya mu'îrin müste'îri tahyîri [**lâzımdır.**] Zîra ayn-ı müste'ârın cehâleti, sıhhat-i i'âreyi ihlâl eyler.

Binâenaleyh zemân ve mekân ve menfa'at ve müntefi' tayîn olunmaksızın i'âre sahîhdir. Nitekim 816. maddeden müstefâd olur.

[**Meselâ ta'yîn veya**]hud [**tahyîr olunmaksızın iki bargirden biri i'âre olunsa sahîh olmayıp, mu'îr herhangisini i'âre edecek ise ta'yîn etmesi lâzımdır.**] Hatta bu vechile bilâ ta'yîn velâ tahyîr vâki' olan i'âre üzerine müste'îr bir bargiri ahzetse, yâni meselâ mu'îr, "Ahırımda iki bargirim bulunup, var da birini al." dese de müste'îr varıp birini alsa gāsıb olur.

[**Fakat**] mu'îr iki bargirden [**herhangisini alır isen al diye müste'îri tahyîr etse i'âre sahîh**] ve bu tahyîr üzerine müste'îr, mezkûr iki bargirden birini âriyet olmak üzre ahz etse câiz

---

2 Sevr: Öküz

[**olur.**] Şu ahz gasb hükmünde olmayacağı cihetle, me'huz-i mezkûr yed-i müste'îrde telef olsa zamân lâzım gelmez.

Şu "fakat ...ilâ âhirihi" fıkrası ile, misâlde "ve tahyîr....ilâ âhirihi" fıkrasının muhterezün-anhı beyân olunuyor.

İ'âre-i müşâ'ın cevâzı:

Amma müste'ârın müşâ' olmaması lâzım değildir.

Binâenaleyh müşâ'ın i'âresi sahîhdir. Gerek şerîke i'âre edilsin gerek ecnebîye i'âre kılınsın. Nitekim bir şeyin iki kişiye i'âresi dahi câizdir. Gerek münâsafeten i'âre olunsun ve gerek islâsen i'âre olunsun. Ve iki kimseye i'âre gerek icmâlen olsun, "Bu malı ikinize i'âre ettim." diye i'âre etmek gibi. Ve gerek tafsîlen olsun, "Sana şu malın nısfını i'âre ettim ve buna bu malın diğer nısfını i'âre ettim." diye i'âre gibi. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Müşâ'ın icâresi câiz değil iken i'âresi câiz olmakla, fark nedir?

Müşârikin gayrisine müşâ'ın icâresi câiz olmadığı 429. maddede mezkûr olmakla, icâre ile i'âre beyninde fark bulmak iktizâ eder. Îcâre ukūd-ı lâzimeden olarak, mûcir teslîmden imtinâ' ettiği takdîrde teslîme cebr edilmek îcâb edip, me'cûr müşâ' olunca gayr-i me'cûr hisse ile berâber teslîm olunmağa cebrolunmak lâzım gelip, bu ise sahîh değildir. Amma i'âre ukūd-ı gayr-i lâzimeden olduğu cihetle, mu'îr rızasıyla gayr-i me'cûr hisseyi dahi teslîm ederse i'âre tamam olup amma teslîm eylemez ise i'ârenin hükmü olmayacağından mu'ârın teslîmine cebr lâzım gelmez.

FASL-I SÂNÎ

[Âriyetin ahkâm ve zamânâtı beyânındadır.]

Ahkâm, hükmün cemi olup, hüküm dahi eser-i müterettib ma'nâsında olmakla, şu halde bu ünvanın ma'nâsı âriyet üzerine müterettib âsâr demektir. Zamânat dahi ahkâm cümlesindendir.

812. MADDE

[**Müste'îr**] meccânen yâni [**bilâ-bedel âriyetin menfa'atine**] ve mu'îr dahi hemcinsine iyilik ettiği cihetle niyyet-i hâlisasıyla sevaba [**mâlik olur.**] Ve şart-ı i'âre meccânen olmak olduğu 765. madde şerhinde îzah olundu. Binâenaleyh i'ârede bedel şart edilirse icâreye münkalib olur. (434. madde şerhine bak.)

Hulâsa, müste'îr âriyet ile intifâ' ettiğinde bu menfa'at kendisine meccânen kalır.

[**Binâenaleyh, mu'îr ba'de'l-isti'mal**] yâni müste'ârı bir müddet kullandıktan sonra i'âresine nâdim olmakla, ol müddet için [**müste'îrden ücret taleb edemez.**] Taleb ve da'vâ eder ise, da'vâsı redd olunur.

İ'ârede ve icârede ihtilâf: Bu madde, tarafeyn akdin i'âre olduğuna müttefik oldukları takdîrdedir. Amma mal sâhibi icâre, diğeri de i'âre idi diye yâni meselâ bir kimse, hayvan ile bir mahalle gidip geldikten sonra, hayvan sâhibi "Ol hayvanı sana îcâr etmiş idim, binâenaleyh ücretini isterim." ve râkib "İ'âre etmişidin, ücret alamazsın." diye ihtilâf ettiklerinde söz râkibindir. Zîra râkib ücreti inkâr ediyor. (8. ve 76. maddelere bak.)

813. MADDE

[**Âriyet, müste'îr yedinde emânettir.**] Yâni âriyet müste'îr yedinde gerek ber-mu'tâd ve ber-vech-i meşrût isti'mâlinden yâni me'zûnun-fîh olan amelinden dolayı ve hâl-i isti'mâlinde telef olsun ve gerek bilâ-isti'mâl telef olsun [**Bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya zâyi' olsa, yahut kıymetine noksan gelse zamân lâzım gelmez.**]

Bu mes'ele iki vecihle isbât olunmuştur.

Vech-i Evvel: "***Leyse ale'l-müste'îr gayra'l-muğilli zamânün***" hadîs-i şerîfi vârid olmuştur.

Vech-i Sâni: Müste'âr sâhibinin izniyle, la alâ vechi'l-istîfâ "***ihtereze bihî ani'r-rehn***" ve lâ alâ sebîli'l-mübâdele "***İhtereze bihi an sevmi'ş-şirâ alâ tarîkı tesmiyeti's-semen***" ahz edilmiş olmakla zamân lâzım gelmez. Çünkü izniyle ta'addî tasavvur olunamaz. (771. maddeye bak.)

Görülmez mi ki, bir kimse kendi malının itlâfına diğer kimesneye izin verse de o da itlâf etse, mütlife zamân lâzım gelmez.

Mezheb-i Şafi'î: İmam Şafi'ye göre müste'îrin me'zun bulunduğu intifâ' esnasında âriyet telef olsa zamân lâzım gelmez ise de, ist'imâl olunmadığı bir sırada telef olunca, bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa dahi müste'îre zamân lâzım gelir. *(Bâcûrî)*

Bu maddenin ıtlâkından iki mes'ele müstefâd olur.

Mes'ele-i ûlâ: Âriyetin telefi gerek zâhir olsun ve gerek hafî olsun alâ kilâ't-takdîreyn zamân lâzım gelmez. Hatta müste'îr, hâl-i sıhhat veya marâzında müste'âr bilâ-ta'add velâ taksîr yedinde telef olduğunu iddiâ etse, söz ma'a'l-yemîn kendisinindir. (1774. maddeye bak.) Nitekim müste'îr, âriyeti mu'îre redd eylediğini iddia ve mu'îr tekzîb etse, söz ma'a'l-yemîn müste'îrindir.

Mes'ele-i sâniye: Zamân şart edilse bile, zamân lâzım gelmez. Şöyle ki mâl-i müste'âr bilâ-ta'add velâ taksîr yed-i müste'îrde telef olduğu takdîrde, müste'îr zâmin olmak şartıyla akd-i âriyet edilse bile, bu şartın hükmü olmayıp, ber-vech-i mezkûr telefi takdîrinde müste'îre zamân lâzım gelmez. Rehinde bilâ-ta'add velâ taksîr telefi hâlinde zamân şartı gibi. (82. madde şerhine bak.) *(Bahr)*

Âriyetde şart-ı zamânla mazmûniyyetinde ihtilâf-ı fukaha:

İbni Nüceym *Eşbâh*'ında ***"el-'âdetü muhakkemetün"*** kā'idesinin fürû'âtını zikrettiği sırada "âriyetin bilâ-ta'add telefi takdîrinde zamân şart olunduğunda, alâ rivâyetin şart-ı mezkûr sahîh olacağı, *Zeylaî* ile *Cevhere*'den naklen zikredilmiş ise de, sahîh ve müfta-bih olan, şart-ı mezkûrün hükmü olmaması olduğu *Kādıhan*'dan naklen *Hamevî* beyân eylediği gibi, ânifen zikrolunduğu üzre *Mecelle*'de adem-i zamân mutlak olarak zikrolunduğuna nazaran 64. madde mûcibince şartın hükmü olmayacağı hakkındaki kavil ihtiyar kılındığına delâlet etmekte olmakla, şu madde ber-vech-i meşrûh şerh ve îzah olundu.

Âriyetin mazmûn olmadığına müteferri' mesâil:

Evvelen: [**Meselâ âriyet ayna, kazâra müste'îr elinden düşmekle yahut ayağı kayıp da kendisi aynaya çarpmakla kırılsa**] ve âriyet ester, ber-mu'tâd isti'mâlinden dolayı topallansa [**zamân lâzım gelmez.**]

Sâniyen: Müste'îr, müste'âr esteri ber-mu'tâd ip ile bağlamakla boğulsa, zamân lâzım gelmez. Zîra şu muâmele mu'tâddır.

Sâlisen: Hamama giren kimsenin kurna başında su dökmek için eline aldığı tas ve çanak kazâra elinden düşüp ezilse ve kırılsa zamân lâzım gelmez.

Râbi'an: Bir kimse esna-yı muhârebede düşmanla mukātele ve muhârebe etmek üzre bir silah isti'âre edip de, mukātele ederken yâni meselâ, müste'âr seyf ile düşmana vururken seyf münkesir olsa, zamân lâzım gelmez.

Hâmisen: Bir kimse âriyet elbiseyi lâbis olduğu halde sürçüp düşmekle elbise yırtılsa, zamân lâzım gelmez.

Sâdisen: [**Kezâlik, âriyet keçe üzerine kazâra bir şey düşmekle lekelenip de kıymetine noksan gelse, zamân lâzım gelmez.**]

Sâbi'an: Âriyet hayvan ile ber-mu'tâd mahall-i müsemmâya varılıp gelinmekle hayvan zebûn olsa, yahut hayvan gebe olmakla hamlini iskāt etse, müste'îre zamân lâzım gelmez.

Sâminen: Müste'îr, müste'ârı mu'îre getirdiğinde mu'îr, müste'îre "Şuraya koyuver!" demekle müste'îr dahi koyarken min gayri taksîr elinden düşüp kırılsa zamân lâzım gelmez.

Tâsi'an: Müste'îr mu'âr olan elbiseyi ber-vech-i mu'tâd isti'mâlde devam etmesiyle işe yaramayacak hale gelse, zamân lâzım gelmez.

Âşiran: Bir kimse sucudan bir bardak su veya kahveciden bir fincan kahve alıp da içerken, elinden düşüp kırılsa, bardağın veya fincanın zamânı lâzım gelmez. Zîra bunlar âriyettir. Amma, suyun veya kahvenin parası verilmek lâzım gelir. Zîra bunlar mebî' olup ba'de'l-kabz telef olmuştur. (294. maddeye bak.)

Hulâsa, ber-mu'tâd isti'mâlinden dolayı ayn-ı müste'âr telef veya kıymetine noksan târî olsa, müste'îre zamân lâzım gelmez. Amma hılaf-ı mu'tâd isti'mâlinden dolayı telef olsa zâmin olur. Binâenaleyh, isti'âre ettiği sütre, pantolon ile keçe döşeğe yatıp yırtılsa zâmin olur.

Bu maddede mezkûr olan, bilâ-ta'add velâ taksîr kaydının muhterezün-anhı madde-i âtiye ile beyân olunuyor ki ta'addî veya taksîr ile telef olduğunda zamân lâzım gelir.

Âriyet mazmûn olmamasından iki mes'elenin istisnâsı lâzım gelir.

1. Mes'ele: Âriyet-i muvakkatede ba'de mazâ'l-vakt, müste'îr müste'ârı redd etmeyip de imsâk ettiğinde, gerek isti'mâl etsin ve gerek etmesin, yedinde velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, zamân lâzım gelir. (826. maddeye bak.) Bu mes'eleyi muhaşşî'd-*Dürer* Abdülhalîm, ber-vech-i muharrer müstesnâ addeylemiştir. Fakat ba'de mazâ'l-vakt imsâk ta'addî addolunmak dahi mümkün olup bu itibar ile bu mes'ele müstesnâ addolunmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

2. Mes'ele: Âriyette şu hüküm, yâni adem-i zamân, müste'âr nefsü'l-emirde mu'îrin mülkü olduğu takdîrdedir. Amma âriyet diğer bir şahsın mülkü bulunduğu tebeyyün yâni müstahık zuhûr ettiğinde müste'îre zamân lâzım gelir. Zîra istihkāk-ı mezkûr ile tebey-

yün eyledi ki, ol mal âriyet değildir. Çünkü âriyet temlîk-i menfa'atten ibâret olup temlîk ise ancak mâlikden olur. Nitekim vedî'ada dahi hüküm böyle olduğu 777. madde şerhinde zikrolundu. Yâni şahs-ı müstahıkka nisbetle mu'îr, gāsıb olacağı gibi müste'îr dahi gāsıbü'l-gāsıb olacağından, 910. maddede muharrer olduğu üzre müstahık dilerse mu'îre ve dilerse müste'îre tazmîn ettirir. Hangisine tazmîn ettirir ise zâmin olan diğerine rücû' edemez. Mu'îre tazmîn ettirir ise onun müste'îre rücû' edememesinin sebebi şudur. Mu'îr zamân ile müste'âra vakt-i i'âreye müsteniden mâlik olmakla kendi malını i'âre etmiş oldu. Âriyet ise bu madde hükmünce mazmûn değildir. Meğer ki yed-i müste'îrde telefi, onun ta'addîsi veya taksîri ile ola.

Müste'îre tazmîn ettirir ise, mu'îre rücû' edememesinin sebebi şudur. Âriyet, nef'i kābız bulunan müste'îre aid bir akiddir. (658. madde şerhine bak.) *(Bahr)*

Nitekim iki kimse beyninde müşterek olan malı, biri diğerinin izni olmaksızın bir şahsa i'âre edip de bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, gerek müste'îre ve gerek mu'îre diğerin hissesinin zamânı lâzım gelir.

İşte müstahık, müste'âr kendisinin mülkü olduğunu isbât ettiğinde başkasına satmadığına veya hibe etmediğine beyyine taleb olunamaz.

Fakat mu'îr, mezkûr malı müstahıkkın kendisine bey' veya hibe ve teslîm ettiğini, yahut âhara i'âreye izin verdiğini iddia ettiğinde, mu'îr isbât edemediği takdîrde müstahık tahlîf olunur da nükûl ederse, mu'îre kıymetini tazmîn ettiremez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Bir malda i'âre veya gasb hakkında ihtilâf: Müsta'ir, "Hayvanını bana i'âre etmişidin bilâ-ta'add velâ taksîr telef oldu." ve mu'îr "Ben i'âre etmedim sen gasben aldın." diye ihtilâf ettiklerinde, müste'îr hayvana râkib olmamış ise zâmin olmaz. *(Hindiyye)*

Her emîn ki emânete bir kerre ta'addî ve muhâlefet ede, ondan sonra vifâka avdet etse bile emîn olmak sıfatı avdet etmiş olmayıp, binâenaleyh ondan sonra yâni vifâka ba'de'l-muâvede dahi emânet telef olduğunda zâmin olur. Velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr telef ola. Bu kā'ide üzerine ebvâb-ı fıkıhdan bazı mesâil ber-vech-i âtî beyân olunur.

Mes'ele-i ûlâ: Müste'cirdir ki, 545. madde şerhinde tafsîl olundu.

Mes'ele-i sâniye: Rehnin gayri bir iş için müste'îrdir.

814. MADDE

Şöyle ki 1-[**müste'îrin bir gûne**] 2- [**te'addîsi veya taksîri oldukda**] bu halde müste'îr gāsıb hükmünde olarak yed-i emâneti yed-i zamâna tahavvül edeceğinden, 3- [**artık her ne sebeble olur ise olsun**] ya'ni gerek ol ta'addî veya taksîriden dolayı ve gerek diğer bir sebeb-

den dolayı ve gerek hatfe enfihî [**âriyet**] 4- [**telef**] veyâ zâyi' [**olsa yahut kıymetine noksan gelse**] 5- vakt-i ta'addî ve taksîrdeki temâm veya noksan, 6- kıymetinin [**zamân**]ı [**lâzım gelir.**] Yâni telef olduğu takdîrde misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyâttan ise tamâm-ı kıymetini ve noksan takdîrinde noksan kıymetini zâmin olur.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Müste'îrin te'addîsi denildi. Zîrâ te'addî müste'îrin tarafından vâki' olmayıp da şahs-ı âhar cânibinden vâki' olursa, zamân bilhassa o şahsa lâzım gelir. (89. maddeye bak.) Şöyle ki, meselâ müste'ârı, müste'îrin sağîr veled-i mahcûru, âhara i'âre tarîkıyla verse de zâyi' olsa, zamân sabî-yi dâfi' ile medfû'un-ileyh üzerinedir. (910. maddeye bak.)

2- "Ta'addisi veya taksîri" denildi. Bu kayıt ile işâret olunuyor ki, mücerred yâni bilâ fi'il, ta'addîye niyet mûcib-i zamân değildir. (2. madde şerhine bak.)

Meselâ bir kimse bir atı isti'âre edip de iâde etmemeyi niyet etse de ba'dehü bu niyeti terk ettiğinde, ınde'n-niyyet hayvan üzerine râkib ve sâir ise, ba'de'n-niyyet telef olunca zamân lâzım gelir. Zîra niyet fi'ile mukârin oldu. Amma ınde'n-niyyet vâkıf olup da niyeti terk ettikten sonra sâir olsa da sonra hayvan telef olsa, zâmin olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).* Zîra niyet fi'ile mukârin olmadı.

Ta'addî veya taksîr ber-vech-i âtî îzah olunur.

Müste'âr hayvanı licâm ile "kebh" yâni licâm ile kendisine cezb eylemek ile telef etmek, yahut bi'd-darb gözünü çıkarmak yahut berâ-yı rükûb isti'âre eylediği hayvanı hânesinde habs eylemek, yahut cihet-i mu'ayyeneye gitmek için isti'âre ettiği hayvanı, berâ-yı saky cihet-i uhrâya götürmek, yahut hayvana yüklenmeyeceği ma'lûm olan yükü yükletmek, yahut geceli ve gündüzlü isti'mâl etmek, yahut bir arzı nadas etmek üzre isti'âre ettiği hayvan ile daha katı diğer bir arzı nadas etmek gibi ahval, ta'addî olduğu gibi, müste'âr hayvanı sokakta terk ederek mescide veya hâneye girse de gözünden gāib olduktan sonra zâyi' olsa, hıfzda taksîr etmiş olur. Gerek kapıya bağlasın ve gerek bağlamasın. Zîra müste'îr, hayvanı gözünden gayb ettiğinde onu tazyî' etmiş olur. Amma gözünden kaybolmamış ise zamân lâzım gelmez.

Kezâlik müste'îr âriyet hayvanı otlağa salıverip de telef olsa, âriyet hayvanın otlağa yâni meraya salıverilmesi âdet olunca zamân lâzım gelmez ise de, âdet olmadığı veya âdet müşterek olduğu halde zamân lâzım gelir. *(Bahr)* (41. maddeye bak.)

İmdi mûcib-i zamân olan ta'addî, bâlâda îzah olunmuş ve âtî'z-zikr *Mecelle*'nin üç misâlinde mezkûr bulunmuş olduğu gibi, âtî'l-beyân 815., 816., 817., 818., 820., 821., 823., 825., 826., 827., 828. ve 829. maddelerde dahi muharrer bulunmuştur. *(Bahr)*

3- "Artık her ne sebeble olur ise olsun!" denildi. Yâni müste'îr müste'âra bir kerre ta'addî veya taksîrinden dolayı telef veya kıymetine noksan târî olsun, ve gerek şu ta'addî veya taksîrden dolayı telef veya kıymetine noksan târî olmadan müste'îr ta'addîyi terkle vifâka avdet edip de ba'dehü bilâ-ta'add velâ taksîr yedinde telef veya kıymetine noksan târî olsun, müste'îr zâmin olur.

Meselâ müste'îr filan mahalle gitmek üzre isti'âre eylediği bargir ile ol mahalle varıp, onu (ol mahalli) tecavüz ettikten sonra yine mahall-i mezkûre avdet etse, zamândan berî olmayıp sâhibine sâlimen iâde edinceye kadar yed-i zamânında olarak tecavüz-i mezkûrden sonra yedinde telef olsa zâmin olur.

Nitekim bir kimse âhara rehn etmek üzre isti'âre eylediği bir malı isti'mâl edip, sonra isti'mâli terk etse de kable'r-rehn ve't-teslîm yedinde telef olsa, zâmin olur. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr).***

İ'ârede mûcib-i zamân olan hal hakkında kā'ide:

Müste'îrin zamânı için şu kā'ide-i külliye zikrolunmuştur. "Âriyet icâre gibidir. Her şey ki icârede zamânı îcâb ede, i'ârede dahi zamânı iktizâ eyler." ***(Zamânât-ı fazîliyye fî icâreti'd-devâbb)***

4- "Telef" denildi. Zîra müste'îr ta'addî veya taksîr ettiği halde, müste'âra bir gûna zarar terettüb etmeden sâlimen sâhibine iâde edilince müste'îr berî olup hatta ondan sonra sâhibi yedinde telef olsa, zamân lâzım gelmez.

5- "Vakt-i ta'addî veya taksîrdeki .....ilâ âhirihi" denildi. Şunu bir misâl ile îzah edelim:

Müste'îr dört gün kullanmak üzre isti'âre ettiği hayvanı dört gün tamamında iâde etmese, 826. madde mûcibince, ta'addî olmakla, ondan sonra on beş gün imsâk edip ba'dehü telef olsa, vakt-i i'âreden bed' ile beşinci günün kıymetinin zamânı lâzım gelir. Zîra dördüncü günün hitâmına kadar müste'îrin bir gûna ta'addî ve taksîri olmamakla sırf emânet olup, ta'addî ve taksîri dördüncü günün hitâmında iâde etmemesiyle başlar. Şu mes'ele vedî'ada yâni 803. maddede zikrolunduğu halde âriyette zikrolunmaması, kitab-ı gasbdan münfehim olacağına mebnîdir.

6- "Kıymetinin" denildi. Mu'îr ve müste'îr mikdar-ı kıymette ihtilâf ettiklerinde söz ma'a'l-yemîn müste'îrin; amma beyyine mu'îrindir. (8. ve 76. maddelere bak.)

[**Meselâ müste'îr, iki günde varılacak mahalle, âriyet hayvan ile bir günde gidip de**] yahut tahammülünden ziyâde yük tahmil etmekle, yahut unf ve şiddet üzre sürmekle [**ol hayvan telef olsa, yahut zebûn**] yahut topal [**olarak kıymetine noksan gelse, zamân lâzım gelir.**]

Kezâ müste'îr, âriyet çift öküzle tarla sürdükten sonra ip ile salıverip de boğulsa, zamân lâzım geleceği gibi, binmek için bir hayvanı isti'âre edip de müste'îr kendisi binmekle berâber diğer bir şahsı irdâf etse, yâni terkine alsa da hayvan telef olsa, ol hayvanın iki adamı kaldırmağa tahammülü var ise müste'îr nısf-ı kıymetini zâmin olur. Zîra telef-i vâki', me'zun ve gayr-i me'zun fi'il ile olmakla, kıymet bu iki fi'ile münkasim ve me'zun fi'ile isâbet eden heder olur. Amma hayvanın iki adamı kaldırmağa tahammülü yok ise, müste'îr küll-i kıymetini zâmin olur.

[**Kezâlik bir mahalle kadar**] gitmek üzre [**isti'âre ettiği hayvan ile ol mahalle varıp da daha ileriye tecavüz ettikden sonra**] mahall-i mezkûre avdet etmiş iken veya henüz avdet etmeden [**hatfe enfihi**] yâni âfet-i semaviyye ile [**telef olsa, zamân lâzım gelir.**] Zîra tecavüz-i mezkûr ta'addî olmakla, ol vechile müste'âra ta'addî vâki' olduğu anda gasb olacağından, ondan sonra telef ne sûretle olur ise olsun mûcib-i zamândır. Bu halde telef, hatfe enfihi olunca, müste'îrin ne kusuru var denilmez.

Bade't-ta'addî, redd veya telefde vâki' olan ihtilâf:

Müste'îr tecavüz-i mezkûrden sonra, hayvanı sâlimen mu'îre redd ettiğini iddia ettiği halde mu'îr tecavüz-i mezkûr vukū' bulduğu mahalde telef olduğunu iddiâ ve ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde mu'îrin beyyinesi tercih olunur.

Müste'âra vâki' olan diğer bazı ta'addîler:

Kezâlik, müste'îr, elinde hayvanı yularıyla tutmakta olduğu halde uyuyup da, bir kimse yuları kat' ile hayvanı ahz etdiğinde, bu hal gerek hâl-i seferde olsun gerek hâl-i hazarda bulunsun müste'îr terk-i hıfz etmediği cihetle zâmin olmaz ise de, yularını sârik elinden alıp sirkat etse, eğer hazarda muzdaci'an uyumuş ise zâmin olur. Zîra yular elinden alındığı halde kendisi buna vâkıf olamayacak mertebe uyumasıyla âriyeti tazyî' eylemiş olur. Ve illa, yâni hazarda câlisen uyumuş ise zâmin olmaz. Zîra câlisen uyuyup, makūd yâni yular elinde bulunmayıp, fakat hayvan önünde bulunduğu takdîrde zamân lâzım gelmez iken burada zamân lâzım gelmemesi bi-tarîkı'l-evlâdır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Nitekim bir kimse isti'âre ettiği bakarı, ondan iki kat kuvvetli bakara amelde eş etmekle telef olsa, bu hal mu'tâd olunca 43. maddeye mebnî zamân lâzım gelmez. Mu'tâdın hılafı olduğu halde zamân lâzım gelir. *(Ta'lîkat-ı İbni Âbidîn ale'l-Bahr).*

Ve kezâlik bir mahalle kadar isti'âre ettiği hayvan ile başka mahalle gitse de hayvan telef veya kıymetine noksan târî olsa, gittiği mahal, müsemmâdan aksar olsa bile zamân lâzım geleceği gibi, mezkûr hayvan ile bir yere gitmeyip de hânesinde imsâk etse de telef olsa, zâmin olur. Zîra zehâb için i'âre edilmiş idi. Yoksa imsâk için değil. *(Bahr)* Ve hayvanın ahırda bilâ amel imsâkı muzırrdır. Nitekim icârede dahi

hüküm böyle olduğu 546. madde şerhinde îzah olunmuş idi. 817. madde şerhinde bu mes'ele tafsîl olunur.

[**Kezâlik bir kimse bir gerdanlık isti'âre ile bir sabînin boynuna takıp, ve**] sabînin [**yanında gözeticisi olmadığı halde bırakıp da sirkat olundukda, eğer sabî, üzerindeki eşyayı hıfza kādir ise zamân lâzım gelmez.**] Zîra müste'îrin âriyeti âhara i'âre etmesi câiz olduğu 819. maddede mezkûr olup cevâz-ı şer'î ise zamâna münâfî bulunmuştur.

Buraya kadar bu maddenin misâli olmayıp, bu misâlin şu maddeye misâl olması fıkra-i âtiye itibariyledir.

[**Amma**] sabî üzerindeki eşyayı hıfza [**kādir değil ise,**] müste'îr üzerine ol gerdanlığın [**zamân**] ı [**lâzım gelir.**] Zîra hıfza kādir olmayan sabîye takmasıyla âriyeti tazyî' yâni hıfzda taksîr etmiş olur. Şüphe yok ki sârik dahi zamândan kurtulmaz. Binâenaleyh mu'îr muhayyerdir. Dilerse tazyî' eylemesinden dolayı müste'îre tazmîn ettirir. İşte *Mecelle*'de beyân olunan budur. Bu halde müste'îr dahi sârika tazmîn ettirir. Ve dilerse sârika tazmîn ettirir. Bu halde sârik müste'îre rücû' edemez. (910. maddeye bak.)

Nitekim müste'âr olan yük hayvanının yularsız tutulmayacağı cihetle yularıyla çekilmesini ve yularsız bırakılmamasını mu'îr tembih ettiği halde, müste'îr yularsız sürmekle ziyâde yürüyüp düşerek ayağı kırılsa zâmin olur. Zîra müste'îr şart-ı müfîde muhâlefet etmiş olur.

Kezâlik müste'îr mücehhelen vefât ettiğinde, âriyet terekesinden tazmîn ettirilir. (801. maddeye ve şerhine bak.)

Ve kezâlik müste'îr âriyeti önüne koyup da câlisen uyusa da sirkat olunsa, bu hal gerek sefer ve gerek hazarda vukū' bulsun, müste'îre zamân lâzım gelmez ise de, muzdaci'an uyusa da sirkat olunsa, bu hal hazarda vukū' bulur ise zamân lâzım gelir. Amma seferde vukū' bulduğu sûretde zamân lâzım gelmez. Müste'âr gerek başı altında veya önünde bulunsun ve gerek hafız addolunur sûretde havalisinde bulunsun.

Zamânı îcâb eden tasarrufun bi-izni'l-mu'îr vâki' olduğu iddiası:

Her tasarruf ki, o tasarruf zamânı îcâb eder; müste'îr o tasarrufu îka' ettiğinde, tasarruf-ı mezkûr mu'îrin izniyle olduğunu ve binâenaleyh zamân lâzım gelmeyeceğini iddia ettiği halde mu'îr bunu ikrâr ederse fe-biha. (1587. maddeye bak.) İnkâr ederse müste'îrden beyyine taleb olunur. İsbât ederse fe-biha, edemez ise mu'îr tahlîf olunarak yemîn eder ise müste'îre zamân lâzımgelir. (1632. maddeye bak.) (***Tekmile-i Redd-i muhtâr***)

Müstesneyât:

Bu maddenin ibtidâsında şerhan beyân olunan kā'ideden bazı mesâil müstesnâdır ki, bunlarda emîn ta'addî ve muhâlefet ettikten sonra vifâka avdet ettiğinde, berî olur.

1- Müstevda'dır ki, tafsîl-i ahkâmı 787. madde şerhinde geçti.

2- Müste'îrü'r-rehindir. Şöyle ki, bir kimse rehnetmek üzre bir malı isti'âre edip de, kable'r-rehn onu isti'mâl etse, ta'addî etmiş olur. Fakat sonra isti'mâli bi't-terk, ber-vech-i meşrût rehin ve teslîm etse kemâ-kân emîn olur. Hatta râhin-i müste'îr, rehin ve müste'ârın mukābili olan borcu tediye ettikten sonra veya kable't-te'diye müste'âr, yed-i mürtehinde telef olsa, rahin-i müste'îr üzerine zamân-ı gasb lâzım gelmez. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

3- Mudâribdir. 1421. maddede zikrolunduğu üzre mudârib, me'zuniyyetin haricine çıktığında ve şarta muhâlefet ettiğinde, gāsıb olur ise de, sonra vifâka avdet etse zamândan berî ve kemâ-kân mudârib olur. Şöyle ki, meselâ rabbü'l-mal mudâribe "İstanbul'da alış-veriş et." demiş iken, Mudârib alış-veriş etmek üzre Bursa'ya gitse, gāsıb ve hatta sermaye orada velev bilâ-ta'add telef olsa, zâmin olur. Fakat orada alış-veriş etmeden İstanbul'a sermaye ile avdet eylese de sonra bilâ-ta'add velâ taksîr İstanbul'da telef olsa zâmin olmaz.

4- Müstebdı'dır. Mubdı', müstebdı'a "Filan belde haricine çıkma!" demiş iken müstebdı' diğer beldeye mâl-i bidâ'ayı götürse, gāsıb olur. Binâenaleyh orada telef olsa zâmin olur. Fakat sermaye telef olmadan aynen meşrût olan beldeye naklettiğinde zamândan berî olur. Ondan sonra bilâ-ta'add velâ taksîr telef olunca zâmin olmaz.

5- Vekîl-i bey'dir. Bir malı bey'a vekîl olan kimse onu isti'mâl etse gāsıb olur. Fakat ta'addî bulunan isti'mâli terkle vifâka avdet etse emîn olmak sıfatı avdet eder. Hatta ondan sonra zâyi' olsa zâmin olmaz.

6- Vekîl-i hıfzdır.

7- Vekîl-i icâredir. Bir kimse şu atını filan kimesneye îcâr etmek üzre bir adama verip de, ol adam dahi onu bizzat isti'mâl ettikten sonra terk etse de sonra telef olsa zâmin olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

8- Vekîl-i istîcârdır. Bir kimse diğer kimesneye kendisi için bir hâne istîcâr etmek üzre beş altın verip de, o kimesne hılaf-ı me'zuniyyet, ol kimse için bir dükkân istîcâr ve ba'dehü ol altınları aynen istirdâd edip yedinde telef olsa zâmin olmaz. *(Mine'l-mahalli'l-mezbûr)*

9- Şerîk-i ınandır. Bu şerîk ta'addî ettikten sonra yâni meselâ filan beldede ahz ve i'tâ etmek üzre şirket, mukayyed iken şerîk bilâ-izni'l-müşârik belde-i uhrâya sermayeyi götürüp ba'dehü orada sarf etmeden belde-i ûlâya avdet etse, emîn olmak sıfatı avdet eder.

10- Şerik-i mufâvazadır. Bu dahi ba'de't-ta'addî vifâka avdet etse, şerîk-i merkūmun emîn olmak sıfatı avdet eder.

Fark: Müste'cir ile müste'îr ba'de'l-muhâlefet vifâka avdet etmesiyle berî olmadıkları halde, müstevda' gibi diğer bazı emînler ba'de'l-muhâlefet vifâka avdet etmeleriyle berî olurlar. Beynlerindeki fark 787. madde şerhine mürâca'atla ma'lûm olur.

815. MADDE

[**Müste'ârın nafakası müste'îr üzerinedir.**] Âriyet gerek âtî 816. madde vechile mutlaka olsun ve gerek 817. madde vechile muvakkate olsun. Zîra müste'îr âriyetin menâfi'ine meccânen mâlik olmakla, "garâmet ganimete göredir" kā'idesine yâni 88. maddesine mebnî nafakası müste'îr üzerinedir. (36. maddeye bak.)

Bu cihetle bir kimse diğer kimesneye, "Şu hayvanı isti'mâl eylemek ve ona yem vermek üzre sana verdim." dese âriyet olup, yoksa yem vermek hususu bedel-i icâre addiyle bu akid, icâre olmaz.

Bu maddenin ma'nâsı; müste'îr, müste'ârı infâka icbâr olunur demek değildir. Zîra 806. maddede îzah olunduğu üzre, müste'îr dilediği vakit akd-i âriyeti fesh edebileceği cihetle şu icbâra mahal yoktur. Belki bunun ma'nâsı şudur: Müste'îre deniliyor ki diler isen müste'âra infâk et de, menfa'ati istihsâl eyle, diler isen âriyeti terkle mu'îre redd ve i'âre edip infâktan vâreste kal.

[**Binâenaleyh müste'îr âriyet**] hayvanı yedinde imsâk ile berâber mezkûr [**hayvana alef vermeyip de telef olsa, zâmin olur.**] şu misâlde imsâk ile berâber kaydının fâidesi ânifen şerhan verilen îzâhâttan anlaşılır.

Mezheb-i şâfiî: İmam Şâfiî'ye göre müste'ârın nafakası mal sâhibi yâni mu'îr üzerinedir. Zîra nafaka hukūk-ı mülkdendir. Bu sûretde mu'îr, şu hayvanı, "Yem tarafınızdan verilmek üzre sana i'âre ettim." deyip de müste'îr de kabûl etse, bu âriyet değil, belki icâre-i fâside olur. Zîra müddet ve bedel mechuldür. *(Bâcûrî)*

816. MADDE

[**İ'âre-i mutlakada yâni mu'îrin i'âreyi zemân ve mekân ve bir nev' intifâ'**] ve 819. madde vechile şahs-ı müntefi' ve şart-ı müfid [**ile takyîd etmediği sûretde, âriyeti müste'îr dilediği zemân ve mekânda dilediği vechile isti'mâl edebilir.**] Ve başkasına dahi bi'l-i'âre isti'mâl ettirebilir. Zîra müste'îr, mülk-i gayrde yâni mu'îrin mülkünde tasarruf etmekte olup, binâenaleyh ol gayrin verdiği izin üzre yâni ale'l-ıtlâk isti'mâl ve tasarruf edebilir. (96. maddeye bak.)

Suâl: Bu madde vechile vâki‘ olan i‘ârede temlîk edilen menâfi‘ mechul olup, temlîk kılınan şeyin cehâleti bey‘ ve icâre gibi ukūdda fesâdı îcâb ederdi. (213., 451. ve 460. maddelere bak.) Binâenaleyh i‘ârede fâsid olmalıydı.

Cevab: 804. madde şerhinde îzah olunduğu üzre i‘âre ukūd-ı lâzimeden olmayıp, mu‘îrin istediği zemân hakk-ı rücû‘ı olmak itibariyle menâfi‘i mümellikenin cehâleti bâ‘is-i nizâ‘ olmamakla fesâd-ı i‘âreyi îcâb etmez. Yâni müste‘îrin istîfâya tasaddî eylediği menâfi‘in istîfâsına mu‘îr râzı olmaz ise, hemen i‘âreden rücû‘ ile mu‘ârı istirdâd edebilir. Fakat bey‘ ve icâre gibi mu‘âvezât, ukūd-ı lâzimeden olmakla onlarda cehâlet bâis-i nizâ‘ olur. *(Zeylai)*

Burada "nev‘-i intifâ‘ ile takyîd etmediği sûretde" demek "Müste‘âr hayvana râkib ol, yahut yük yüklet ve müste‘âr hânede sakin ol veya onda eşyanı vaz‘ et!" demek gibi bir vecihle takyîd etmediği sûretde demektir. Ta‘bîr-i diğerle, burada intifâ‘ca ıtlâk-ı nefs menfa‘at i‘tibâriyle demektir. Amma 819. maddedeki ıtlâk müntefi‘a nazarladır. Binâenaleyh şu iki madde tedâhül etmez.

Dilediği zemân ve mekânda dilediği gibi intifâ‘ edebilir.

Şu kadar var ki müste‘îr, müste‘ârı âhara îcâr veya rehnedemez. Nitekim 823. maddede beyân olunuyor. *(Cevâhiru'l-fıkh).*

İ‘ârenin on altı kısım olması:

Bu madde ile 819. ve 820. maddelerden müstefâd olur ki, i‘âre başlıca on altı kısımdır. Zîra ıtlâk ve takyîdden ibâret bulunan iki şey zemân ve mekân ve intifâ‘ ve müntefi‘ ve şart-ı müfidden ibâret bulunan beş şey beyninde deverân ediyor ki, ikinin beşe darbından on kısım hâsıl olacağı gibi tarafeynin mürekkeben ahzından diğer dört kısım, ve cümlesinde ıtlâk veya cümlesinde takyîdden dahi diğer iki kısım hâsıl olur. Şöyle ki:

1- Zemânda ıtlâk, mekân ve intifâ‘ ve müntefi‘ ve şart-ı müfîdde takyîddir.

2- Mekânda ıtlâk, zemân ve intifâ‘ ve müntefi‘ ve şart-ı müfîdde takyîddir.

3- İntifâ‘da ıtlâk, zemân ve mekân ve müntefi‘ ve şart-ı müfîdde takyîddir.

4- Müntefi‘de ıtlâk, zemân ve mekân ve intifâ‘ ve şart-ı müfîdde takyîddir.

5- Şart-ı müfîdde ıtlâk, zemân ve intifâ‘ ve müntefi‘de takyîddir.

6- Zemânda takyîd, mekân ve intifâ‘ ve müntefi‘ ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. 818. maddenin birinci misâliyle bu kısma işâret olunuyor.

7- Mekânda takyîd, zemân ve intifâ‘ ve müntefi‘ ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. *Mecelle*'nin 817. maddesinde "ve bir mahalle gitmek üzre isti‘âre ettiği hayvan ile .....ilâ âhirihi" denilmesi bu kısma işâret içindir. *(Bahr)*

8- İntifâ'da takyîd, zemân ve mekân ve müntefi' ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. 818. maddesinde mevzûbahs olan âriyet, bu kısm-ı sâmindir. Zîra mezkûr maddede intifâ'da takyîd mezkûr olmakla, zemân ve mekânda dahi takyîd kasd olunsa, 817. maddenin aynı ve müstedrek olması lâzım geleceğinden zemân ve mekânda ıtlâk kasd olunması lâzım gelir ki o halde, bu kısm-ı sâmin hâsıl olur.

9- Müntefi'de takyîd, zemân ve mekân ve intifâ' ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. (820. maddeye bak.)

10- Şart-ı müfîdde takyîd, zemân ve mekân ve intifâ' ve müntefi'de ıtlâktır. İmdi mu'îr isti'mâlı şart-ı müfîd ile takyîd ettiğinde, şart-ı mezkûr dahi mu'teber olup, müste'îr ona muhâlefet edemez. Şöyle ki mu'îr, hayvanını i'âre ettiğinde müste'îre "Yularını ahz et salıverme; zîra ancak böyle tutulur!" deyip de, o da "Peki." dedikten bir müddet sonra yuları salıvermekle, yâni gevşetmekle, hayvan süratle yürümeğe başladığı cihetle düşüp ölse, zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

11- Zemân ve mekânda ıtlâk, intifâ' ve müntefi' ve şart-ı müfîdde takyîddir.

12- Zemân ve mekân ve intifâ'da ıtlâk, müntefi' ve şart-ı müfîdde takyîddir. Amma zemân ve mekân ve intifâ' ve müntefi'de ıtlâk, şart-ı müfîdde takyîd kısmı üçüncü kısımdan ibârettir.

13- Zemân ve mekânda takyîd, intifâ' ve müntefi' ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. *Mecelle*'nin 817. maddesinde mevzubahs olan âriyet, bu kısm-ı sâlisü aşara âriyettir. Zîra mezkûr maddede zemân ve mekânda takyîd mezkûr olmakla, intifâ'da dahi takyîd kasd olunsa, 818. maddenin aynı ve müstedrek olması lâzım geleceğinden, intifâ'da ıtlâk kasd olunması lâzım gelir. Nitekim, şerhinde tafsîl olunur.

14- Zemân ve mekân ve intifâ'da takyîd, müntefi' ve şart-ı müfîdde ıtlâktır. Bunun hükmü 819. ve 820. maddelerde mevzûbahs olmuştur. Amma zemân ve mekân ve intifâ' ve müntefi'de takyîd ve şart-ı müfîdde ıtlâk kısmı, beşinci kısımdan ibârettir.

15- Cümlesinde ıtlâktır. *Mecelle*'nin bu maddesiyle 819. maddesinin mecmû'undan bu kısım meydana gelir.

16- Cümlesinde takyîddir. (*Kifaye şerhu'l-Hidâye* ma'a'l-îzâh)

Mecelle'de şu on altıncı kısım zikrolunmamış ise de 817., 818. ve 820. maddelerin mecmû'undan bu kısım istinbât olunur. Şöyle ki i'âre 817. madde vechile zemân ve mekân ile ve 818. madde mûcibince bir nev' intifâ' ile ve 820. madde mûcibince müntefi' ile takyîd olunduğunda, müste'îr ona muhâlefet edemez. Yâni zemân ve mekân ile takyîde asla muhâlefet edemez ve müntefi' ile takyîdde müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerde muhâlefet edemez. Nitekim ber-vech-i âtî îzah olunur.

Takyîdât-ı hamseye muvâfakat lâzım olup olmadığı:

İmdi bu beş şeyden zemân ve mekân ve şart-ı müfîdle mu'îr tarafından takyîd olunduğunda, müste'îrin her halde ona muvafakâtî lâzım olup, muhâlefet edemez.

Min haysü'l-intifâ' takyîde gelince: Mâ-fevkına tecavüz sûretiyle muhâlefet edemez. Amma ma-fevkına tecavüz etmeyip de hayra muhâlefet ederse câiz olur. (818. maddeye bak.)

Ve min haysü'l-müntefi' takyîde gelince: Bunun hükmü 820. maddesinde zikrolunduğu üzre müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeylerde mu'teber değildir.

Bu maddede "dilediği zemân ve mekânda" ta'biri, zemân ve mekândaki ıtlâka nâzır olduğu gibi, dilediği vechile ta'biri, intifâ'daki ıtlâka nâzır olmakla leff ü neşr-i mürettebdir.

[**Fakat**] i'âre-i mutlakada ıtlâkın mu'teber olması, sarâhaten yahut delâleten takyîd delîli bulunmadığı takdîrdedir. Amma sarâhaten takyîd edilmiş olmasa bile, i'âre-i mezkûre delâleten yâni [**örf ve âdet ile takayyüd eder.**] (45. maddeye bak.) Binâenaleyh, müste'îr âriyeti örf ve âdet-i beldeye muhâlif sûretde isti'mâl edip de telef olsa 814. maddeye mebnî zâmin olur.

Şu kadar ki, mücerred bu vecihle örf ve âdet-i belde ile takayyüd etmesiyle i'âre, i'âre-i mutlaka kısmından çıkmış olmaz.

[**Meselâ bir kimse bargirini ol vecihle**] yâni zemân ve mekân ve intifâ' ve kezâlik müntefi' cihetince [**mutlak olarak i'âre ettikde, ona**] 1-[**Dilediği vakit biner.**] zemândaki ıtlâka şâmildir. 2-[**Ve dilediği mahalle gider**] mekândaki ıtlâka misâldir. Ve dilerse kendisi biner ve ister ise başkasını irkâb eder. Bu mahal gerek dâhil-i şehir olsun ve gerek hârici şehir olsun hükümde müsâvîdir. *(Cevahirü'l-fıkh).*

Gidebilir, ta'biri gemekten ihtirâz için olmayıp gittiği mahalden râkib olup gelmek, yahut yük yükletip getirmek dahi câizdir. Hatta bir kimse Çekmece'ye kadar bir hayvan isti'âre ettiğinde, oraya gidip gelebilir. Ve bir kimse bu vechile mutlak olarak isti'âre ettiği bargir ile bir mahalle gidip de orada bir ay imsâk ettikden sonra bargire ber-mu'tâd yük yükletse de telef olsa, zâmin olmaz. Amma icârede yalnız gidebilir lâkin gelemez.

Fark iki vecihledir:

> **Vech-i evvel**, 828. maddede beyân olunduğu üzre, âriyette redd ve iâde müste'îr üzerine olup, müste'îr ise ancak gelmekle redd edebilir. Amma icârede redd-i me'cûr mûcir üzerinedir. (594. maddeye bak.)
>
> **Vech-i sâni**, i'âre teberru' olmakla onda tesâmuh cârî iken icâre muaâaza bulunmakla, onda muzâyaka mer'îdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

[**Fakat örf ve âdet üzre iki saatte gidilecek mahalle**] âriyet bargir ile hılaâ-ı mu'tâd olarak [**bir saatte gidemez.**] Nitekim yük için hayvan isti'âre olunup da yük ta'yîn olunmamış ise, müste'îr dilediği şeyi yükletebilip, fakat hayvanın tâkatinden ziyâde yükletemez. Zîra mutlak izin, müte'ârefe masruf olup, fevka't-tâkat yük müte'âref değildir. Ve bir kimse fevka't-tâkat yükü kendi hayvanına bile yükletemez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

[**Kezâlik**] ol vechile [**mutlak olarak i'âre olunan bir han odasında müste'îr dilerse,**] kendisi [**sakin olur. Ve dilerse emtia vaz' eder.**] Şu misâl intifâ'da ıtlâka misâldir.

[**Fakat örf ve âdetin hılâfı olarak içinde**] yine vehn ve zarar getirecek meselâ [**demircilik edemez.**]

817. MADDE

[**İ'âre**] intifâ'da ve müntefi'de ıtlâk olunduğu halde [**zemân ve mekân**] yahut şart-ı müfîd [**ile takyîd olundukda, kayıt**] ve şart [**mu'teber olup müste'îr ona**] yâni zemân ve mekân yahut şart-ı müfîd ile olan kayda [**muhâlefet edemez.**] Eder ise gâsıb hükmünde olacağından zâmin olur. Zîra müste'îr, gayrin mülkünde tasarruf etmekte olmakla, ol gayr ona ne vechile izin vermiş ise, ancak ol vecihle isti'mâl edebilir. Yâni i'âre zemân ve mekân yahut şart-ı müfîd ile mukayyed olduğu halde intifâ'da ve müntefi'de mutlak olunca müste'îr, ta'yîn kılınan zemân ve mekânda ve zikrolunan şart dâiresinde olmak üzre, dilediği gibi intifâ' edebilir. Diğer bir ta'birle müste'âr ile ancak ol vakit ve mekân-ı muayyende, ol şart dâiresinde intifâ' veya onu başkasına i'âre edebilir.

Hulâsa, yalnız zemân ve mekân ile mukayyed i'âre, min haysü'l-intifâ' ve min haysü'l-müntefi' alâ ıtlâkıha bâki olmakla, müste'îr onu ale'l-ıtlâk isti'mâl ve intifâ' edebilir. Yâni dilerse bizzat intifâ' eder ve dilerse başkasına intifâ' ettirir. Müste'âr, gerek müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsun ve gerek olmasın.

Şerhan işâret olunduğu üzre, *Mecelle*'de zemân ve mekân ile takyîd ta'biri ihtirâzî değildir. Çünkü mu'îr isti'mâli şart-ı müfîd ile takyîd ettiğinde, şart-ı mezkûr dahi mu'teber olur. Müste'îr, ona muhâlefet edemez. Nitekim 816. madde şerhinde misâli zikrolundu.

Mecelle'de, "Muhâlefet edemez." diye mes'elenin ale'l-ıtlâk zikrinden anlaşılıyor ki, amden muhâlefet edemeyeceği gibi sehven dahi muhâlefet edemez.

Amden muhâlefete misâl: [**Meselâ üç saat binmek üzre isti'âre olunan hayvana**] üç saat binilerek murad olunan mahalle gidilebilir. Ve dilerse kendisi biner ve ister ise başkasını bindirir. Amma [**dört saat binilemez.**] Müste'îr, dört saat binip de hayvan telef veya kıymetine noksan târî olsa, zâmin olur. Amma hiçbir zarar gelmeyip de sâlimen sâhibine teslîm eder ise zamân lâzım gelmez.

Ve 826. maddede beyân olunduğu üzre, bu zemândan sonra hayvan imsâk dahi edilemez. İmsak edilip de hayvan telef olsa zâmin olur. Nitekim icârede dahi hüküm böyle olduğu 548. maddede musarrahtır. Yâni şu kadar müddet isti'mâl edilmek üzre istîcâr edilen hayvan, ol müddetden ziyâde isti'mâl edilemez. Bu cihetle icâre ile i'âre müttehid ise de diğer cihetde fark vardır. Şöyle ki i'ârede 826. maddede zikrolunduğu üzre, bu zemândan sonra imsâk edilemeyip sâhibi gelip istemese bile reddi lâzım geldiği ve binâenaleyh redd etmese de telef olsa, zamân îcâb ettiği halde, icârede bu zemândan sonra isti'mâl edilemeyip, amma sâhibi gelip almadığı cihetle yedinde imsâk etse de telef olsa, zamân lâzım gelmez. Sebeb-i fark şudur: 594. madde hükmünce, icârede redd mûcire aid iken, i'ârede redd ve iâde 830. madde mûcibince müste'îre râci'dir.

Mecelle'nin şu misâli, zemânda takyîdin misâlidir.

[**Ve bir mahalle gitmek üzre isti'âre olunan hayvan ile**] ol mahalle gidip gelebilir. Ve ol mahalle gidip gelmek üzre başkasına i'âre edebilir. *(Vâkı'ât)* Amma [**başka mahalle gidilemez.**] Hatta hayvanı suvarmak üzre dereye götürüp de telef olsa, zâmin olur. Nitekim 814. madde şerhinde beyân olunmuş idi. Amma hayvana hiçbir zarar gelmeden sâhibine redd ve iâde olunsa, nesne lâzım gelmez.

Şu misâl, mekânda takyîdin misâlidir.

Mekân ile takyîd sûretinde; mekân-ı müsâvîye veya mekân-ı aksara gitmek veya hânede imsâk etmek hususları dahi muhtac-ı îzahtır. Şöyle ki bu madde vechile i'âre mekân ile takyîd olunduğunda müste'îr, mekân ve mahall-i müsemmâdan aksar bir mahalle gidecek olsa, zamân lâzım geleceği gibi, bir mahalle gitmeyip de hânesinde imsâk edecek olsa yine zamân lâzım geleceği bazı kütüb-i fıkhiyyede zikrolunmuş ve hayvanın ahırda imsâki hayvana muzırr olduğu beyân edilmiştir. Nitekim bir mahalle gidilmek üzre isti'âre edilen hayvan ile mesâfece ol mahalle müsâvî diğer bir mevzi'a gidilip de hayvan telef olsa, zamân lâzım geleceği *Hâniyye*'de zikrolunmuştur. *(Redd-i muhtâr ve tekmiletihi)*. 814. madde şerhinde bu mes'ele icmâlen zikrolunmuş idi.

Halbuki diğer bazı kütüb-i fıkhiyyede âtî'l-beyân 818. maddesinin fıkra-i ahîresinde muharerer mes'ele-i fıkhiyyeye temessükle, şu iki sûretde, yâni mekân-ı müsemmâdan aksar bir mahalle gidilecek olunca veya hiçbir mahalle gidilmeyip de hayvan ahırda imsâk edilince zamân lâzım gelmeyeceği beyân olunmuştur.

Senin için, 64. maddeye temessükle *Mecelle*'de yâni "ve bir mahalle gitmek üzre isti'âre olunan .....ilâ âhirihi" fıkrasında evvelki kavîl ihtiyar olunmuştur, demek vardır. Îcârede dahi hüküm bu vechile olduğu 546. madde ile şerhinde beyân olunmuştur.

Sehven muhâlefete misâl: Bir kimse filan mahalle kadar gitmek için birinden bir hayvan istiâr etmek üzre, mu'îre bir şahsı resûl gönderip de, o şahıs hata ederek diğer bir mevzı'a

gitmek üzre isti'âre etmişiken resûl, mürsiline bunu beyân etmemekle mürsil ol mevzı'a gittiğinde zamân lâzım gelmez ise de, ol mahalle gidip de hayvan telef veya kıymetine noksan târî olsa zâmin olur. Ve mürsil zâmin olduğu şeyle resûlüne rücû' edemez.

818. MADDE

[**İ'âre**] zemân ve mekânda ıtlâk olunduğu halde [**bir nev' intifâ' ile takyîd olundukda, müste'îr me'zun olduğu intifâ'ın mâ-fevkına tecâvüz edemez.**] Zîra mâ-fevkına tecâvüzle ol müste'âr ile intifâ' etmek gayrin malında bilâ-izin tasarruf olup, bu ise 96. madde hükmünce câiz değildir. Tecâvüz eder de müste'âr telef veya kıymetine noksan târî olur ise zâmin olur.

[**Amma**] bi-aynihi ol menfa'ati istihsâl edebileceği gibi [**ona müsavî veya ehven sûretle isti'mâl ile muhâlefet edebilir.**] Yâni i'âre, zemân ve mekânda mutlak olduğu halde, intifâ'da mukayyed olunca ıtlâk kısmını ber-vech-i muharrer mutlak olarak isti'mâle selahiyyeti var ise de, kısm-ı mukayyede mâ-fevkına tecâvüz tarîkıyla, ve diğer bir ta'birle şerre udûl ile muhâlefet edemez. Fakat onun mümâsiline tecâvüzle muhâlefet edebileceği gibi, hayra udûl ile dahi muhâlefet edebilir. Zîra mu'îrin takyîdi ancak müfîd olursa mu'teber olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Mekânda mutlak olarak hayvan isti'âre olunsa, yâni meselâ bir kimse diğer kimesneye "Şu atımı bir ay kullanmak üzre i'âre ettim." dese, bu i'âre Mısır'a mahmûl olarak, müste'îr o hayvan ile hâric-i şehre çıkamaz. Çıkıp da telef olsa, gerek isti'mâl ile çıksın gerek bilâ-isti'mâl çıksın zâmin olur. Nitekim bu vech üzre elbise isti'âre etse, isti'mâl etmek hususu, şehre mahmûl olmakla, ol elbiseyi bi'l-isti'mâl şehrin hâricine çıksa zâmin olur. Fakat isti'mâl etmeyerek şehrin hâricine çıkar ise zâmin olmaz. Zîra bu takdîrde müste'îr hâric-ı Mısır'da dahi Mısır'da olduğu gibi elbiseyi hâfız addolunur. *(Vakıât)*

Hulâsa, i'âre intifâ' ile takyîd olunduğunda bu takyîd ya menfa'ate göredir yâni intifâ'ın nev'ine nazarandır. İşte bu maddede beyân olunan budur. Ve bu takyîd, mu'teberdir. Müste'âr gerek müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsun, at ve elbise gibi; ve gerek olmasın, oda gibi.

Meselâ bir kimse oturmak üzre isti'âre ettiği odada demircilik edemez. Nitekim icârede dahi hüküm böyle olduğu 426. maddede beyân olunmuş idi.

Yahut bu takyîd menfa'ate göredir. İşte 819. maddede beyân olunan şudur. Müntefi' ile takyîdin mu'teber olması müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeydedir. İşte menfa'at ile takyîd ile, müntefi' ile takyîd beyninde fark vardır. Nitekim icârede dahi hüküm böyle olduğu 427. ve 428. maddelerde mezkûrdür.

Fıkra-i ûlâya birinci misâl: [**Meselâ buğday yükletmek için isti'âr olunan hayvana**] vezinde buğdaya müsâvî olsa bile [**demir yahut taş**] veya kerpiç veya pamuk veya saman veya odun yahut hurma [**yükletilemez.**] Zîra her ne kadar vezinde müsâvât olsa bile, meselâ demir hayvanın zahrında mahall-i vahidde ictima eder ve pamuk ise hayvanın zahrında çok yeri ahz ve mahall-i hamli tecâvüz eyler.

Fıkra-i sâniyeye birinci misâl: [**Amma**] buğday yükletileceği gibi [**buğdaya müsâvî yahut ondan daha ehaff bir yük tahmil edebilir.**] Bu ehaffiyet vezinde olmadığı, ânifen verilen îzâhâttan anlaşıldı. (559. maddeye ve şerhine bak.)

Fıkra-ı sâniyeye ikinci misâl: Filan tarlayı nadas etmek üzre isti'âre ettiği öküz ile o tarlayı yahut daha yumuşak diğer tarlayı nadas edebilir.

Fıkra-i ûlâya ikinci misâl: Amma ol tarladan daha katı ve nadası ağır diğer tarlayı nadas edemez. Edip de telef olsa zâmin olur.

Fıkra-ı ûlâya üçüncü misâl: Müste'îr bizzat intifâ' etmek yahut filana ettirmek üzre diye takyîd olunduğunda, rükûb hayvan gibi müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerde bu takyîde muhâlefet câiz değildir.

Fıkra-ı sâniyeye üçüncü misâl: Amma süknâ ve haml gibi müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeylerde bu vecihle takyîd mu'teber olmamakla, müste'îr bi-nefsîhi ve bi-gayrihi dilediği vecihle intifâ' edebilir.

Fıkra-i ûlâya dördüncü misâl: [**Ve kezâlik binmek için isti'âre olunan hayvana yük yükletilemez.**]

Fıkra-i sâniyeye dördüncü misâl: [**Amma yük için isti'âre olunan hayvana binilebilir.**] Nitekim icârede dahi hüküm böyle olduğu 550. ve 558. maddelerde beyân olunmuştur.

Bu maddenin îzahına ber-vech-i âtî müba'deret olunur.

Şöyle ki: Müsemmâya yâni mu'îr tarafından ta'yîn kılınan intifâ'a muhâlefet, ber-vech-i âtî üç kısma taksîm olunur.

Kısm-ı evvel: Muhalefet misilde olmaktır ki, bu muhâlefet câizdir. Şu yığın buğdaydan beş kile yüklenmek üzre isti'âre olunan hayvana, bu yığın buğdaydan beş kile yahut filan adama beş kile buğdayını yükletmek üzre isti'âre olunan hayvana başka bir adamın beş kile buğdayını yükletmek gibi.

El-hâsıl, bunda ta'yîn, mu'teber olmamakla buna muhâlefet câiz olmadığı cihetle, bundan dolayı hayvana bir zarar terettüb etse 91. maddeye mebnî müste'îre zamân lâzım gelmez. Zîra mu'îrin takyîdinin mu'teber olması müfîd olmakla meşrûttur. *(Bahr)*

Kısm-ı sâni: Muhalefet, cinsde olmasıdır. Bu takdîrde nazar olunur. Bu muhâlefet hayra ise, yâni yükletilen yük zararca tesmiye kılınan yükten eğer hafîf ise, şu muhâlefet câizdir.

Beş kile buğday yükletmek üzre isti'âre olunan hayvana, beş kile arpa yükletmek gibi. Bu sûretde hayvan telef olsa, müste'îre zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Ve muhâlefet-i mezkûre şerre, yâni ağır ve muzırra ise, bu muhâlefet câiz değildir. Eder ise zamân lâzım gelir. *Mecelle*'nin misâllerinde olduğu gibi. Nitekim elli kıyye buğday yükletmek üzre isti'âre ettiği hayvana elli kıyye saman yükletemez. Zîra saman kaba olmakla hayvanın zahrında, mahall-i hamlden ziyâde mahal ahz etmek sûretiyle hayvana muzırrdır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Lâkin beş kile buğday yükletmek üzre isti'âre edilen hayvana beş buçuk kile arpa yükletip de fakat bu beş buçuk kile arpa veznen beş kile buğdaya müsâvî olunca zamân hususunda ihtilâf-ı fukaha vâki' olmuştur. ***Tenkīh***'de adem-i zamân musarrah olduğu gibi, ***Velvâlici*** dahi adem-i zamânın sahîh olduğunu zikreylemiştir. ***Hidâye*** ve ***Nihâye***'de ise bu muhâlefet şerre muhâlefet adolunarak zamân lâzım geleceği beyân ve şa'îr dâbbenin zahrında hıntadan ziyâde mahal ahz edeceği cihetle hayvana muzırr olduğu ityân olunmuştur. *(Bahr)*

Kısm-ı sâlis: Muhalefet kadrde yâni ziyâdede olmaktır. Bunda ziyâde denildi. Zîra noksana muhâlefet, muhâlefetten sayılmayıp muvâfakat olduğu *Mecelle*'nin 818. maddesinden müstefâd olur. Elli kile buğday yükletmek üzre isti'âre olunan hayvana, kırk kile buğday yükletmek gibi.

Şu vechile, kadrde ziyâde sûretiyle muhâlefet câiz değildir. Binâenaleyh, bu vechile muhâlefet vukū' bulduğunda nazar olunur. Yükletilen yüke hayvanın tahammülü var ise, tesmiye kılınan yükden ziyâde miktarı nisbetinde müste'îr zâmin olur. Şöyle ki: Meselâ beş kile buğday yükletmek üzre isti'âre olunan hayvana altı kile buğday yükletilip de hayvan telef olsa, hayvanın altı kile buğdayı kaldırmağa tahammülü olunca müste'îr ol hayvanın yalnız südüs-i kıymetini zâmin olur. Zîra zamân, me'zunun-fîh olan miktar ile gayr-i me'zunun-fîh olan miktara tevzi olunması muktezî olup, me'zunun-fîh olan miktarda zamân sâkıt olur. Ve eğer tahammülü yok ise müste'îr, hayvanın küll-i kıymetini zâmin olur. Zîra bu takdîrde müste'îr, ol hayvanı istihlâk etmiş olur.

Bu mes'elenin nazîri, icârede yâni 559. madde ve şerhinde tafsîlat-ı lâzımesiyle mürur etmiştir.

Muhalefetde diğer aksam:

Muhalefet hem misilde hem de kadrde, ve kezâ hem cins hem de kadrde olmak sûretleri olabileceğine göre, muhâlefetin beş kısım olması lâzım gelirse de, bu iki sûretin, birinci-

si üçüncüsünde dâhil olduğu gibi, ikincisi dahi ikinci ile üçüncü kısımda dâhil olmakla, ayrıca kısım addedilmeğe şayan değildir.

On kile tahn edilmek için hayvan isti'âre olunup, on bir kile tahn edilse yâni, bir kimse on kile buğdayın tahnı için hayvan isti'âre edip de, on bir kile tahn etse de hayvan telef olsa, cemî'-i kıymetini zâmin olur. Zîra vaktâ ki on kileyi tahn eyledi, mu'îrin izni tamam olup, ondan sonra on bir kilenin tahnında isti'mâl, bilâ-izni'l-mâlik ve binâenaleyh müste'îr, gāsıb olur. Fakat haml böyle değildir. Çünkü haml def'a-i vahidede vukū' bulur. Bu cihetle hamlde, bazan yalnız ziyâde miktarın zamânı lâzım geldiği halde, tahnda cemî' kıymetin zamânı iktizâ ediyor.

819. MADDE

[**Mu'îr, eğer müntefi'i ta'yîn etmeksizin mutlak olarak i'âre etmiş ise, müste'îrin ânı ıtlâk üzre isti'mâle selâhiyyeti vardır.**] Itlâkın ma'nâsı ber-vech-i âtî tefsîr olunuyor.

"Mutlak olarak" ibâresi "müntefi'i ta'yîn etmekszin" ibâresiyle tefsîr olundu. Zîra 816. maddede dahi bir ıtlâk var idiyse de, ondaki ıtlâk başka ma'nâda idi. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Bu ibârede iki ıtlâk vardır.

Birincisi, "mutlak olarak" ibâresindeki ıtlâktır. Bu ıtlâkın ma'nâsı ber-vech-i âtî îzah olunur.

Mu'âr iki nev'dir:

Nev'-i evvel, müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan mu'ârdır. Hâne gibi.

Nev'-i sâni: Müstamilinin ihtilâfiyle muhtelif olan mu'ârdır. Elbise ve rükûb için at gibi.

Itlâkta, yâni *Mecelle*'nin "mutlak olarak" ibâresindeki ıtlâkta, ondan evvelki ibâreden kat'ı'n-nazar iki ihtimal vardır.

İhtimal-i evvel: Nass ale'l-ıtlâktır. Yâni mu'îr, meselâ "Şu hayvanımı dilediğini irkâb etmek üzre sana i'âre ettim." demektir. Mu'îr, bu vecihle ıtlâk üzre nass ettiği takdîrde, müste'î-rin onu ıtlâkı üzre isti'mâle selâhiyyeti vardır. Mu'âr gerek müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsun ve gerek olmayan şeylerden olsun.

Îcârede dahi ıtlâk bu ma'nâda, yâni nass ale'l-ıtlâk ma'nâsında idi. (552. maddeye bak.)

İhtimal-i sâni: Sükûte şâmil olan ıtlâktır. Yâni mu'îr "Şu hayvanımı sana i'âre ettim." demektir. Gerek dilediğini irkâb etmek üzre desin gerek demesin. Yâni bu ta'biri ilâve eylemesin. Bu ihtimal-i sâni ile olan ıtlâk ile nev'-i evvel müste'âr, âhara i'âre olunabileceğine

iştibah yok ise de, nev‘-i sâni olan müste‘âr, âhara i‘âre olunabilmesinde ihtilâf-ı fukaha vâki‘ olmuştur.

Şöyle ki; *Zeylaî*, i‘âre olunamayacağına dâir idare-i kelâm etmiş iken[3] ***Hidâye*** sâhibi dahi i‘âre olunabileceğini beyân etmiştir.[4]

Mecelle'de mezkûr misâlden müstefâd olacağı üzre *Mecelle*, Zeylaî'nin beyânına iltifat eylemeyip, sâhib-i *Hidâye*'nin tasrîhini kabûl eylemiştir. Şu halde i‘âre ile icâre beyninde fark bulmak îcâb eder ki, icârede nass ale'l-ıtlâk lâzım ve nass ale'l-ıtlâk edilmediği gibi râkib dahi tayin edilmese icâre fâsid olurdu. (552. maddeye bak.) İ‘ârede ise sükût kâfi oluyor. Bu babda fark, 804. madde şerhindeki mes'ele-i hâmiseye müracaatla sana zâhir olur.

İkincisi, "Itlâk üzre isti‘mâle selâhiyyeti vardır." cümlesindeki ıtlâktır k, bu ıtlâk *Mecelle*'de ber-vech-i âtî tefsîr olunuyor.

[**Yâni**] müste‘îr [**dilerse onu**] başkasına isti‘mâl ettirmeden yalnız [**kendisi isti‘mâl eder Ve dilerse**] kendisi isti‘mâl etmeden yalnız [**başkasına i‘âre ile isti‘mâl ettirir.**] Zîra i‘âre 756. maddede zikrolunduğu üzre temlîk-i menâfi‘den ibâret olmakla müste‘îrin onu i‘âresi câizdir. Çünkü mâlikin, mâlik olduğu şeyi âhara temlîke iktidârı vardır. Müste'cirin îcâra mâlik olması gibi. (587. maddeye bak.) *(Bahr)*

Mecelle'de "dilerse" deniliyor. Yâni müste‘îrin bu iki menfa‘atten yalnız birisini ihtiyâra selâhiyyeti olduğu iş‘ar olunuyor. Zîra müsta‘milinin ihtilâfiyle muhtelif olan âriyetde, müste‘îr ikisinin beynini cem‘ edemez. Nitekim şerhan yalnız kaydıyla buna işâret olundu.

Binâenaleyh bir kimse rükûb için bir hayvan isti‘âre edip de, hem kendisi râkib olsa, hem de diğerini irkâb etse yâni terkine alsa da hayvan telef olsa, ikisini kaldırmağa hayvanın tahammülü var ise nısf-ı kıymetini zâmin olur. Zîra telef, ikisinin rükûbundan hâsıl olup, birisi me'zûnün-fîh olmakla ona isâbet eden mikdar hederdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Amma hayvanın ikisini dahi kaldırmağa tahammülü yok ise küll-i kıymetini zâmin olur. (551. madde şerhi lâhikasına bak.) Lâkin müsta‘milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeylerde ikisinin beynini cem‘ edebilir mi? 428. madde şerhinde îzah olunduğu üzre icârede cem‘ edebilirdi.

[**Âriyet gerek oda gibi müsta‘milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeylerden olsun ve gerek binek atı gibi müsta‘milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsun.**] Yâni işbu iki sûretde dahi müste‘îr, müste‘ârı âhara i‘âre edebilir.

---

3 ينبغى ان يحمل هذا الاطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها من اشاء كما حمل الاطلاق الذى ذكره فى الاجارة على هذا.

4 Demiştir ki "لو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره الخ"

Bu fıkrada "binek atı" denildi. Bu at müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olduğu 427. madde şerhinde beyân olundu. Amma yük atı, müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan nev'dendir. (551. madde şerhine bak.)

[**Meselâ bir kimse "Odamı sana i'âre ettim." dediği**] ve müste'îr dahi i'âreyi kabûl eylediği [**sûretde, müste'îr onda dilerse kendi ikāmet eder. Ve dilerse başkasını iskân eder.**] Amma hem kendisi sakin olsa ve hem de başkasını iskân etse câiz olur mu? İcârede câiz idi. (428. madde şerhine bak.)

Bu misâl müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan müste'âra misâldir.

[**Ve kezâ**] bir kimse [**şu**] binek [**atı sana i'âre ettim dediği**] ve müste'îr dahi kabûl ettiği [**sûretde müste'îr dilerse ol ata kendi biner ve dilerse başkasını bindirir.**] Zîra mu'îr, müste'îre mutlakan intifâ' ile emredip, mutlak ise dilediği intifâ'a istediği vakte âmm ve şâmil olur. (64. maddeye bak.) Ve ta'yîn ciheti kendisine yâni müste'îre aiddir ki, bu da yâni ta'yin dahi müste'îrin fi'iliyle olur.

Bu misâl, müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan müste'âra misâldir.

Müste'âr ata yük yükletmek mes'elesi, muhtac-ı îzâhtır. Şöyle ki, şu misâldeki, ata müste'îr kendi yükünü yükletmek yahut yük yükletmek üzre âhara i'âre eylemek selâhiyyeti var mıdır? Bakılır. Ol at, arab kısrağı gibi yalnız binmek üzre muadd ise, bu misal vechile ale'l-ıtlâk i'âre edilse bile yük yükletmek câiz değildir. Zîra âdeten bunlara yük yükletilemeyip, örfen ma'rûf olan şey ise meşrût gibidir. (43. maddeye bak.)

Bu cihetle müste'îr ona yük yükletdiğinde, telef olunca hayvanın tâkati kadar yükletmiş olsa bile zamân lâzım gelir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Nitekim bir kimse "Şu elbiseyi sana i'âre ettim." dediği sûretde müste'îr dilerse ol elbiseyi kendi giyer ve dilerse başkasına giydirir. *(Cevahirü'l-fıkh)*

Mutlak i'ârede, fi'il-i mu'îr ile ta'ayyünden sonra diğere intifâ' ettirmekte ihtilâf-ı fukaha vâki' olmuştur. Yâni bu madde vechile mutlak olarak i'âre edilmiş ve müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif bulunmuş olan bir maldaki intifâ', müste'îrin fi'iliyle taayyün ettikden sonra artık başkasına intifâ' ettirmek, yâni meselâ, *Mecelle* misâlinde mezkûr ata evvelâ müste'îr başkasını irkâb ettikden sonra kendisi râkib olmak hak ve selâhiyyetini hâiz bulunmadığını bazı fukaha beyân eylemiş ve *Kâfî* ile *Zeylaî*'de bu kavlin sahîh olduğu zikrolunmuştur. Kavl-i mezkûr *Mecelle*'nin 552. maddesinin fıkra-i ahîresine muvâfık bulunmuştur. Bu kavle göre, müste'îr meselâ evvelâ kendisi râkib olduktan sonra kendisi inip diğerini irkâb etse de hayvan telef olsa zamân lâzım geleceği gibi, evvelâ diğerini irkâb ettikden sonra onu indirip kendisi râkib olsa da hayvan telef olsa yine zamân lâzım gelir. Zîra fi'ilen râkib taayyün ettiği cihetle, ondan sonra ona muhâlefet ta'addî olur. Halbuki

diğer bazı fukaha müste'îr, mezkûr hak ve selâhiyyeti hâiz olduğundan meselâ *Mecelle* misâlinde mezkûr bulunan ata evvelâ müste'îr râkib olduktan sonra başkasını irkâb etse de hayvan telef olsa, 91. maddeye mebnî zamân lâzım gelmeyeceğine kāil olmuşlardır. Zira bir kimse müste'îrden mezkûr atı âriyet alarak, ona râkib olup da hayvan telef olsa, o kimse ol atı müste'îrin izin ve temlîki ile isti'mâl etmiş olmakla zamân lâzım gelmeyeceği gibi, müste'îr evvelâ o ata başkasını irkâb ettikten sonra kendisi râkib olup da hayvan telef olunca zamân lâzım gelmemesi bi-tarîkı'l-evleviyyedir. Çünkü müste'îr, menâfia mâlik olmak cihetiyle isti'mâl eylemiştir. Mâlik olmasa idi başkasına temlîk edemez idi. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Kādıhan)*

İmdi *Mecelle*'de şu iki kavîlden hangisi ihtiyar edildiğine dâir işaret yok ise de, *Mültekā* gibi mütûn-ı fıkhiyyede ve *Hidâye*'de kavl-i evvel ihtiyar olunmuş ve bâlâda zikrolunduğu üzre *Kâfî* ve *Zeyla'î* kavl-i mezkûrü sahîh addeylemiş olmakla, kavl-i mezkûrle amel olunmak iktizâ eder. Halbuki icârede mes'ele kavl-i sâniye muvâfık sûretde kabûl edilmiştir. (552. maddeye bak.) Binâenaleyh bu mes'elede icâre ile i'âre arasında fark bulmak îcâb eder ki, fark dahi, icâre mu'âvezatdan olmakla mümâkese üzerine mebnî ve i'âre ise teberru'âtdan bulunmakla müsâmaha üzerine mübtenî bulunmuştur.

Bu maddede "müntefi'i ta'yîn edilmeksizin" denildi. Zîra müntefi'ini ta'yîn eder ise, müste'îr başkasına intifâ' ettiremez. Nitekim madde-i âtiyede mezkûrdür.

Meselâ mu'îr, müste'îre bizzat kendi isti'mâl etmek yahut "senin ecîrin filan isti'mâl eylemek üzre diye müntefi'i ta'yîn etse mu'teber olup, müste'îr bu ta'yînin hılafına gidemez.

820. MADDE

[**Müntefi'in ta'yîni**] icârede yâni 427. maddede olduğu gibi [**müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerde mu'teberdir.**] Zîra mu'îr, ta'yîn ettiği şahs-ı muayyenin isti'mâline râzı olmuşdur. Yoksa başkasının isti'mâline değil. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Rükûb-i dâbbe ve lübs-i sevb gibi.

Binâenaleyh müste'îr, ta'yîn-i mezkûre muhâlefet edemez. Bu sûretde ta'yînin mu'teber olmasının sebebi şudur. Fi'l-i sâni, yani müste'îrden müste'îrin fi'ili, müste'îr-i evvelîn fi'ilinden ziyâde zararlı olmak ihtimali ve mu'îr, müste'îrin isti'mâline râzı ve diğerinin isti'mâline gayr-i râzı olmakla, mu'îrden ziyâde zararın def'i için ta'yînin mu'teber olması lâzım geldi. *(Kifaye ve Hidâye)*

[**Ve**] icârede yâni 428. maddede mezkûr olduğu gibi müsta'milinin ihtilâfiyle [**muhtelif olmayan şeylerde mu'teber değildir.**] Çünkü bu şeylerde takyîd fâidesizdir. Haml-i dâbbe yâni hayvana yük yükletmek ve sükne'd-dar gibi.

[**Fakat**] bu tafsîl, mu'îr "müste'ârı başkasına verme" diye nehyetmediği sûrettedir. Amma [**mu'îr onu**] yâni müste'ârı [**başkasına verme diye**] müste'îri [**nehyetmiş ise**] nehiy mu'teber olup, tasrîh mukâbelesinde delâleten itibar olunmayacağına yâni 13. maddeye mebnî [**müste'îr beher hal**] yâni müste'âr, gerek hâne gibi müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsun, gerek olmasın [**başkasına isti'mâl ettiremez**] Etdirip de telef olsa zâmin olur. *(Bahr)*

[**Meselâ**] mu'îr [**senin rükûbun için bu atı sana i'âre**] ve müste'îr dahi kabûl [**ettim dediği sûretde müste'îr ol ata uşağını**] veya şahs-ı ecnebîyi [**bindiremez.**] Bindirip de o at hastalanarak helâk olsa zâmin olur. Zîra meselâ süvari askerinin binmesi, sevkînin binmesi gibi değildir.

Nitekim hem kendisi râkib olup hem de gayrisini irkâb edemez. Yâni ikisi de ma'an râkib olamaz. Olup da hayvan telef olduğunda bakılır. Hayvanın eğer ikisini kaldırmağa tahammülü var ise nısf-ı kıymetini zâmin olur. Zîra sebeb-i telef ikisinin rükûbü olup, birisinin rükûbü me'zunün-fîh olmakla ondan dolayı zaman lâzım gelmez. Diğerin rükûbünden dolayı nısf-ı kıymetin zamânı lâzım gelir. *(Bahr)* Fakat sabîyi irdâf etse, sıkletin miktarının zamânı lâzım gelir. Yoksa tam nısfın zamânı lâzım gelmez. (551. madde şerhindeki lâhıkaya bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Kezâ bir kimse "Bizzat senin giymekliğin için şu elbisemi sana i'âre ettim." diye diğer kimesneye elbise i'âre ettiği halde, müste'îr elbiseyi başkasına giydiremez. Zîra elbiseyi bir tâcirin giymesiyle kasabın veya lağımcının giymesi beyninde fark vardır. Bu cihetle ta'yîn mu'teberdir.

Mecelle'nin şu misâli ile şerhan zikredilen misâl, bu maddenin fıkra-i ûlâsının misâlidir.

Âhara i'âresi câiz olmayan mal, i'âre olunup da telef olsa zamân lâzım gelir. Şöyle ki, böyle âhara i'âresi câiz olmayan âriyeti, müste'îr bilâ-izin âhara i'âre edip de müste'îr-i sâni yedinde telef olsa, zamân lâzım gelir ve mu'îr muhayyer olur. Dilerse müste'îr-i evvele tazmîn ettirir ve bu halde müste'îr-i evvel, sâniye rücû' edemez. Meğer ki müste'îr-i sâni yedinde onun telefi onun ta'addîsi veya taksîrinden nâşi ola. Ve dilerse müste'îr-i sâniye tazmîn ettirir. Ve bu halde müste'îr-i sâni evvele rücû' edemez. Velev ki yedinde telefi bilâ-ta'add velâ taksîr ola. (658. madde şerhine bak.)

Nitekim bir kimse müste'îre gelip de "Sende âriyet olan hayvanı sâhibi filandan isti'âre ettim; senden kabz etmekliğimi emretdi." deyip de o da onu bi't-tasdîk o kimseye verdikten sonra yedinde telef olsa da mu'îr, yâni hayvan sâhibi, emri inkâr edip emir isbât olunamamakla yemîn etse müste'îre tazmîn ettirir.

Bu sûretde müste'îr, kâbıza yâni ol kimseye rücû' edemez. Zîra müste'îr, zamân ile müste'âra mâlik olarak kendi malını i'âre ettiği anlaşılır. Âriyet ise emânet olmakla bilâ-ta'add velâ taksîr telefi hâlinde zamânı yoktur. (813. maddeye bak.)

Amma müste'îr, onu yâni ol kimseyi tasdîk etmeyerek veya tekzîb yahut tasdîk ile berâber zamân şart ederek verse ve sonra müste'îr-i sâni yâni ol kimse yedinde telef olsa, müste'îr-i evvel dahi zâmin olduğu şeyle ol kimseye rücû' eder. (825. madde şerhine dahi bak.)

[**Amma senin ikâmetin için bu oda**] veya hâne [**yi sana i'âre ettim dediği sûretde, müste'îr kendisi ikâmet edebileceği gibi**] kendisi ikâmet etmeyip de bi-tarîkı'l-i'âre [**başkasını dahi iskân edebilir.**] Amma bi-tarîkı'l-icâre başkasını iskân edemeyeceği 823. maddede mezkûr bulunmuştur. Şu misâl, bu maddenin fıkra-i sânisinin misâlidir.

[**Fakat**] mu'îr, müste'îre [**başkasını iskân etme demiş ise**] müste'îr başkasını bi-tarîkı'l-i'âre dahi iskân [**edemez.**] Şu misâl, bu maddenin fıkra-i sâlisesinin misâlidir. Îcârede mûcir, müste'cire başkasına îcâr etme demiş olsa bile, îcâr edebileceği Kitâb-ı Îcâre şerhinde beyân edildi.

LÂHİKA

Mu'îr ile müste'îrin zemân veya mekân veya nev-i intifâ'da takyîd veya ıtlâktaki ihtilâflarına dâirdir.

Mu'îr ile müste'îr zemân veya mekân ve mesâfe yahut nev'-i intifâ' ile takyîd ve ıtlâkta ihtilâf ettiklerinde söz ma'a'l-yemîn mu'îrindir. *(Cevâhiru'l-fıkh)* Zîra mu'îr, mal sâhibi olmakla, malının menfa'atini âhara ne yolda temlîk ettiğini daha iyi bilir. Ve bir de asl-ı i'ârede söz onun olduğu gibi sıfatında dahi onun olur.

Meselâ mu'îr, fi'l-i mahsûs ile mukayyed intifâ' ile izin verdiğini iddia, ve müste'îr ıtlâkı der-meyan ettiğinde takyîdde söz mu'îrindir. Şöyle ki mu'îr, "Beş kile arpa yükletmek üzre i'âre etmişidim." ve müste'îr, "Beş kile buğday yükletmek üzre i'âre etmişidin." diye ihtilâf ettiklerinde, söz ma'a'l-yemîn mu'îrin olduğu gibi, mu'îr "İstanbul'dan Çekmece'ye kadar binmek üzre i'âre etmişidim." ve müste'îr "Çatalca'ya kadar binmek üzre i'âre etmişidin." diye ihtilâf ettiklerinde söz ma'a'l-yemîn mu'îrindir. Amma müste'îr, da'vâsını bi'l-beyyine isbât etse kabûl olunur.

821. MADDE

[**Bir mahall-i muayyene**] gitmek üzre [**diye hayvan isti'âre olundukda**] oraya giden [**yollar mütaeddid olsa**] ve mu'îr gidecek yolu ta'yîn etmese [**müste'îr âdet üzre nâsın sülûk ettiği yollardan herhangisiyle dilerse**] ol mahalle [**gidebilir.**] Zîra 36. madde vechile âdet muhkemdir ve 37. madde mûcibince nâsın isti'mâli bir huccetdir ki onunla amel vâcib olur. Ve örf ile ta'yîn nass ile ta'yîn gibidir. Bu takdîrde yolda hayvan telef olsa, müste'îr üzerine zamân lâzım gelmez. (91. maddeye bak.)

[**Amma mu'tâd olmayan yoldan**] gitmek câiz olmamakla [**gidip de hayvan telef**] veya zâyi' [**olsa zâmin olur.**] Zîra 816. maddede zikrolunduğu üzre mutlak izin, müte'arefe

masrûf olur ve 45. madde hükmünce örf ile ta'yîn nass ile ta'yîn gibidir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Vâkı'ât)*

[**Kezâlik, mu'îrin ta'yîn ettiği yolun gayri bir yoldan**] ol mahalle [**gidip de hayvan telef oldukda eğer mu'îrin sülûk ettiği yol**] eb'ad yâni [**daha uzak veya**] ahvef yâni [**gayr-i me'mun veyahut**] gayr-i meslûk yâni [**hılaf-ı mu'tâd ise, müste'îre zamân lâzım gelir.**] Çünkü bu, şerre muhâlefetdir. Ve bir şeye izin, onun mâ-fevkına izni tazammun eylemez.

Mecelle'deki "daha" ta'birinden anlaşılacağı üzre, müste'îrin gittiği yol, mu'îrin ta'yîn eylediği yola müsâvî yâni tûl ve suhûlet gibi husûsâtta iki yol arasında fark yok ise veya müste'îrin gittiği yol daha eshel ise, müste'îre zamân lâzım gelmez. Zîra hayra veya misle muhâlefet mûcib-i zamân değildir. Çünkü bir şeye izin onun müsâvîsine veya daha hayırlısına izindir.

Bu mes'ele i'âre ile icâre beyninde müşterekdir ki, icârede yâni 547. maddede ayniyle mürûr etti.

822. MADDE

Mu'îrin, i'âre ettiği malın menfa'atine mâlik olması şarttır. (815. madde şerhine bak.) Yâni mâlik olursa i'âre sahîh olur.

Bu cihetle [**bir kimse bir kadından zevcinin mülkü olan bir şeyi âriyet isteyip ve o**] kadın [**dahi bilâ-izni**]'z-zevc ol şeyi âriyet [**verip de, ol şey**] yed-i müste'îrde bilâ-ta'add velâ taksîr telef veya [**zâyi'**] yahut kıymetine noksan târî [**olduğu sûretde eğer derûn-ı hânede alâ cera'l-âdet zevcenin yedinde bulunan eşyadan ise**] şu i'âre câiz olur. Zîra zevce ol şeyi müste'îre olup, müste'îr ise müste'ârı âhara i'âre edebileceği 820. maddede mürûr etti. Ve bu halde [**gerek ol kadına ve gerek müste'îre zamân lâzım gelmez.**] (91. ve 813. maddelere bak.)

Amma mu'îr, mu'ârın menfa'atine mâlik değil ise, i'âre sahîh olmaz. (96. maddeye bak.)

Bu cihetle mu'âr, alâ cera'l-âdet zevcenin yedinde bulunan eşyadan [**değil ise meselâ at**] ve öküz [**gibi**] kadınlar yedinde bulunmayan [**bir şey ise**] şu i'âre câiz olmayıp, zevce gâsıbe olacağı gibi, müste'îr dahi gâsıbü'l-gâsıb olacağı cihetle 910. maddeye mebnî [**zevc dilerse zevcesine ve dilerse müste'îre tazmîn ettirir.**] *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)*, bu halde 813. madde şerhinde yâni âriyete müstahık çıktığı sûretde beyân olunduğu üzre, hangisine tazmîn ettirirse zâmin olan diğerine rücû' edemez. Zîra zevceye tazmîn ettirdiğinde bi-tarîkı'l-istînad o mala mâlik olacağından kendi malını i'âre etmiş olur. Âriyet ise müste'îr yedinde emânetdir. Ve müste'îre tazmîn ettirdiğinde akd-i âriyet nef'i me-

dfû'un ileyhe aid olan bir akid olmakla, 658. madde şerhinde zikrolunduğu üzre müste'îr, mu'îre rücû' edemez.

823. MADDE

[**Mu'îrin izni olmaksızın müste'îr âriyeti âhara îcâr yahut rehnedemez.**] Çünkü i'âre, ukūd-ı gayr-i lâzimeden olarak rehin ve îcârın mâ-dûnü ve bunlar ukūd-ı lâzimeden olup, i'ârenin mâ-fevki olmakla, bir şey mâ-fevkını tazammun edemez. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*. İmdi 406. maddede zikrolunduğu üzre akd-i icâre lâzım olduğu ve mu'îr ise 806. madde hükmünce, âriyet akd-i gayri lâzım olduğu ve dilediği vakit i'âreden rücû' edebileceği cihetle icâre tecvîz olunsa, müste'îr ile müste'cir beynindeki akd-i icâre temam olmadan mu'îrin hakk-ı rücû'ı olmamak ve binâenaleyh mu'îr mutazarrır olmak iktizâ eder. Veyahut makām-ı isbâtda deriz ki, âriyetin icâresi câiz olsa; ya "lüzûm mâ lâ yelzem" lâzım gelir ki o da âriyetdir. Zîra icâre câiz olsa, müddet-i icârede istirdâdın adem-i imkânına mebnî âriyetin dahi lüzûmu iktizâ eder. Bu ise âriyetin mevzu'âtına muhâlifdir. Yahut "adem-i lüzûm mâ yelzem" lâzım gelir ki o da icâredir. Îcârenin adem-i lüzûmu mevzûatına muhâliftir. *(Bahr ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Âriyetin rehninin adem-i cevâzı dahi ber-vech-i mezkûr isbât olunur. Şöyle ki rehin ba'de'l-kabz cihet-i rahinden lâzım bir akid olmakla bu da icâre gibidir. Yâni rehin câiz olsa; ya "lüzûm mâ lâ yelzem" lâzım gelir. O da âriyettir. Yahut "adem-i lüzûm mâ yelzem" lâzım gelir. o da rehindir.

Ve diğer sûretle dahi isbât olunmuştur. Şöyle ki rehin îfâ olup gayrin malıyla onun izni olmaksızın müste'îrin kendi borcunu ifaya hakkı olamaz.

Bu maddenin ıtlâkından müstefâd olur ki âriyet müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerden olsa, îcâr ve rehin câiz olmadığı gibi muhtelif olmayan şeylerden olduğunda yine îcâr ve rehin câiz değildir. İmdi müsta'milinin ihtilâfiyle isti'mâli muhtelif olmayan âriyeti müste'îr âhara i'âre edebildiği halde îcâr edememesinin sebebi bâlâda beyân olundu.

Bu maddede "izni olmaksızın" ta'birinden dahi müstefâd olacağı üzre mu'îrin izniyle müste'îr, âriyeti âhara îcâr ve rehnedebilir. Nitekim îcâr mes'elesi 765. madde şerhinde zikrolunduğu gibi, rehin dahi yâni mu'îrin izniyle müste'ârın âhara rehin olunması mes'elesi kitab-ı rehnin bab-ı sâlisinin ikinci faslında metin ve şerhinde ber-vech-i tafsîl mürûr etmekle oraya mürâca'at oluna.

[**Ve bir belde-i muayyenedeki borcuna rehnetmek üzre isti'âre ettiği malı âhar beldedeki borcuna rehnedemez.**]

Bu fıkra 728. maddede "Mal sâhibi filan beldede rehnedilmek üzre diye mukayyeden izin verdiğinde müste'îr dahi ancak onun kayd ve şartına muvâfık olarak rehin verebilir." diye mezkûr olan hükümden fazla bir şey ifâde eylemez ise de, fıkra-i âtiyeye tavtı'e ve temhîd için burada tekrar edilmiştir.

[**Edip de**] yâni mu'îrin izni olmaksızın müste'îr âriyeti âhara îcâr yahut rehin veyahut bir beldedeki borcuna rehnedilmek üzre isti'âre ettiği malı diğer beldedeki borcuna rehnedip de [**âriyet telef veya zâyi' olsa,**] müste'îr-i evvel ile müste'îr-i sâni veya mürtehin üzerine vakt-i teslîmde yâni bunların zemân-ı teslîmlerindeki kıymetlerinin [**zamân**]ı [**lâzım gelir.**] Zîra teslîm-i mezkûr ile müste'îr müteaddi olacağından bu îcâr ve rehin ve teslîm gasb kabîlinden olur. Amma telef olmaz ise mu'îrin istirdâda hakkı vardır.

Îcârın îzahı: Mu'îrin izni olmaksızın müste'îr bu vecihle müste'ârı âhara îcâr etse, bu îcâr fuzûli olup *Mecelle*'nin 447. maddesi hükmü cârî olur. Bu sûretde kable'l-icâze müddet-i icâre mürûr ettiğinde, ücret âcir bulunan müste'îrin olur. Fakat bu ücret, sebeb-i habîs olan isti'mâl-i mâl-i gayrden hâsıl olmuş olmakla ona helal olmayıp, tasadduk eylemesi lâzım gelir. *(Şibli).*

Zamânın îzahı: Ber-vech-i muharrer müste'âr âhara bi'l-îcâr müste'cir yedinde velev ki bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunda mu'îr muhayyerdir. Dilerse mûcir bulunan müste'îre vakt-i teslîmde yâni müste'îrin müste'cire teslîmi zemânındaki kıymetini tazmim ettirir. Zîra ânifen zikrolunduğu vecihle müste'îr îcâr ve teslîm ile müteaddi ve gâsıb olur. Bu takdîrde müste'îr zâmin olduğu şeyle müste'cire mürâca'at edemez. Eğer yed-i müste'cirde telefi bilâ-ta'add velâ taksîr vâki' olmuş ise. Çünkü müste'îr zamân ile müste'âra mâlik olacağı cihetle kendi malını îcâr ettiği tebeyyün eder. Me'cur ise 600. madde hükmünce yed-i müste'cirde emânettir. Fakat me'cûr, yed-i müste'cirde, müste'cirin te'addisinden veya taksîrinden nâşi telef olduğunda, ber-vech-i muharrer mu'îr müste'îre tazmîn ettirdiği takdîrde, müste'îr dahi müste'cire rücû' eder. (602. maddeye bakınız.) Ve dilerse müste'cire tazmîn ettirir. Zîra müste'cir, mu'îrin malını onun olmaksızın ahz ve kabz eylediği cihetle gâsıbdan müste'cir hükmünde olur. Bu sûretde müste'cir ayn-ı me'cûr yed-i mûcirde emânet olduğunu bilmez ise kendi nefsînden zarar-ı gurûru def' için zâmin olduğu şeyle müste'îr bulunan mûcirine mürâca'at eder. (658. maddeye bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Amma müste'cir, ayn-ı me'cûrun yed-i mûcirde emânet olduğunu biliyor ise rücû' edemez. Zîra bu sûretde müste'îr, müste'ciri aldatmış olmaz. Binâenaleyh bu müste'cir gâsıb yedinde bulunan mal, mağsub olduğunu bilerek istîcâr eden kimse gibidir. *(Bahr ve Cevahirü'l-fıkh).*

Müste'ârın bilâ-izin rehin ve teslîminin îzahı: Müste'îr müste'ârı bilâ-izni'l-mu'îr âhara rehin ve teslîm ettiğinde, müste'îr gâsıb ve mürtehin gâsıbü'l-gâsıb hükmündedir. Zîra mürtehin, gayrin malını onun izni olmaksızın ahz eyledi. Binâenaleyh mürtehin yedin-

de müste'âr telef olduğunda, mu'îr muhayyer olup dilerse râhine yâni müste'îre tazmîn ettirir. Bu sûretde râhin-i müste'îr ona mâlik olacağından 741. madde şerhi lâhıkası vechile deyn sâkıt olur. Ve dilerse mürtehine tazmîn ettirir. Zîra müste'cir mu'îrin malını, onun izni olmaksızın ahz eylemiştir. Ve mürtehin zâmin olduğunda merhûn, mürtehinin mülkü olmak üzre telef olmuş olup, binâenaleyh mürtehin, alacağını râhinden ister. Zira tebeyyün etti ki, bu alacağa mukabil rehin yoktur. Amma mürtehin zâmin olduğu şeyle râhine rücû' edemez. Mürtehin râhinin müste'îr olduğuna gerek vâkıf olsun gerek olmasın. Zîra rehin bir akd-i teberru'dur ki nef'i medfû'un-ileyh olan mürtehine aiddir. (658. madde şerhine bak.) ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr).***

Fakat, bir mürtehin yedindeki rehni bilâ-izni'r-râhin diğer mürtehine rehin ve teslîm edip onun yedinde telef olduğunda, râhin-i evvel bulunan mal sâhibi muhayyerdir. Dilerse mürtehin-i evvel bulunan râhin-i sâniye tazmîn ettirir. Dilerse mürtehin-i sâniye tazmîn ettirir. Ve mürtehin-i sâniye tazmîn ettirdiğinde o da mürtehin-i evvele rücû' eder. ***(Ebussuūdu'l-Mısrî)*** Nitekim 743. madde şerhinde tafsîl olunmuş idi.

824. MADDE

[**Müste'îr,**] âhara i'âresi câiz olan [**âriyeti âhara**] yâni emîni olan kimse [**îdâ' edebilir.**] Zîra 820. madde şerhinde beyân olunduğu üzre müste'îr, onu âhara i'âre edebilip müste'âr, müste'îr-i sâni yedinde emânet olur ve bu cihetle müste'îrin onu âhara îdâ' eylemesi i'âreden dûn olarak -çünkü i'ârede hem temlîk-i menfa'at hem de îdâ' vardır- a'lâya mâlik olanın ednâya mâlik olması bi-tarîkı'l-evlâdır.

Vedî'anın âhara îdâ' olunamayacağı 791. maddede mezkûr iken, âriyet bu madde vechile âhara îdâ' olunuyor. Bu cihetle iki akid arasında fark vardır. ***(Tekmile-i Redd-i muhtâr).***

[**Ve**] binâenaleyh [**yed-i müstevda'de**] âriyet [**bilâ-ta'add velâ taksîr telef**] veya kıymetine noksan târî [**olsa**] mu'îre de, müstevda'ada [**zamân lâzım gelmez.**] Müste'îre zamân lâzım gelmemesi 91. madde vechile, cevâz-ı şer'î zamânı münâfî olmasına mebnî olduğu gibi, müstevda'a dahi zamân lâzım gelmemesi 777. maddede zikrolunduğu üzre, müstevda' üzerine bilâ-ta'add velâ taksîr telefde zamân olmamasına mebnîdir.

Bu maddede bilâ-ta'add velâ taksîr kaydı, müste'îre nisbetle kayd-ı ihtirâzî değildir. Amma müstevda'a nisbetle kayd-ı ihtirâzîdir. Şöyle ki, ol âriyet yed-i müstevda'da müstevda'ın ta'addîsi veya taksîri ile telef veya kıymetine noksan târî olsa bile, 91. madde mûcibince müste'îre zamân lâzım gelmez. Nitekim 828. madde şerhinde "el-hâsıl müste'îr âriyeti .....ilâ âhirihi" diye îzah olunacaktır. Amma bu vechile müstevda'ın ta'addîsi veya taksîri ile âriyet onun yedinde telef olsa, 787. maddeye mebnî müstevda'a zamân lâzım gelir.

Âriyetin îdâ'ında ihtilâf-ı fukahâ: Âriyetin âhara îdâ' edilmesinde iki kavîl vardır. Bir kavle göre îdâ'-ı mezkûr câiz değil ise de, diğer kavle göre câiz olur. Şu kavl-i sâni müftâ-bih olmakla, *Mecelle*'de dahi işbu kavl-i sâni kabûl olunmuştur.

İhtilaf-ı mezkûre üzerine şu mes'ele teferru' eder. Şöyle ki müste'îr âriyeti ecnebî bulunan emîni ile mu'îre redd edip âriyet, bu emîn yedinde telef olsa, kavl-i evvele göre zamân lâzım gelir. Amma kavl-i sâniye göre zamân lâzım gelmez. *(Bahr)*

Âriyetin âhara îdâ' edilmesinin cevâzından iki mes'elenin istisnası lâzımdır. Yâni iki mes'elede âriyet âhara îdâ' olunamaz.

Mes'ele-i ûlâ: Şol âriyet ki onun âhara i'âresi câiz değildir. Bu âriyetin âhara îdâ'ı bi'l-ittifak câiz değildir. Nitekim bu maddenin isbâtı için zikrolunan delilden dahi müstefâd olur. (820. maddeye ve şerhine bak.) Binâenaleyh, müste'îr bizzat kendisi binmek üzre isti'âre ettiği bargir ile bir mahalle gidip de âtîdeki misâlde mezkûr olduğu üzre orada birine îdâ' etmekle müstevda' yedinde telef olsa zâmin olur.

Mes'ele-i sâniye: Mu'îr "Müste'ârı başkasına verme!" diye nehyettikten sonra müste'îr onu âhara îdâ' etse de telef olsa zâmin olur. (820. madeye bak.) Amma telef yahut kıymetine noksan târî olmadan sahîhan ve sâlimen sâhibine yâni mu'îre iâde olunduktan sonra telef olsa, zamân lâzım gelmez.

[**Meselâ**] bir kimse [**bir mahalle gidip gelmek üzre**] ale'l-ıtlâk olarak yâni kendisi binmek kaydıyla mukayyed olmayarak [**isti'âre ettiği bargir ile oraya vardıkda, bargir yorulup kalmakla, orada birine îdâ' ettikden sonra bargir hatfe enfihi**] yâni kendiliğinden ve bilâ-ta'add velâ taksîr müstevda' yedinde [**telef olsa**] müste'îr veya müstevda'den biri üzerine [**zamân lâzım gelmez.**]

Bu misâlde, yorulup kalmakla kaydı, ihtirâzî değildir. Zîra bu maddenin esna-yı şerhinde zikrolunduğu vechile müste'îrin âriyeti îdâ'a ale'l-ıtlâk selâhiyeti bulunmakla, îdâ'ın cevâzı için esbâb-ı mücbirenin tâharrîsine ihtiyaç yoktur. Belki bu kayıt hükm-i ekserîyi beyân içindir.

825. MADDE

[**Mu'îr, âriyeti**] bizzat veya vekîl veya resûlü vasıtasıyla [**taleb ettikde müste'îrin hemen**] yâni derhal [**redd ve teslîmi lâzım gelir.**] Zîra menafi'i müste'âr, şey'en-fe-şey'en hâdis olacağından menâfi'i mezkûrede mülk, menafi'i hâdis oldukça sâbit olup 806. madde hükmünce âriyetden rücû' ile geri taleb etmek hâdis olmayan menâfi'i temlîkden imtinâ' olmakla mu'îrin buna hak ve selâhiyyeti der-kârdır.

Mu'îr, ber-vech-i muharrer âriyeti taleb ettikten sonra müste'îr iâde etmeyip de isti'mâlde devam etse ma'addün li'l-istiğlal ise, zamân-ı menfa'at lâzım gelir. Değil ise bir şey lazım gelmez. Nitekim mu'âr, mâl-i vakıf veya mâl-i yetim olur ise, i'âresi gayr-i câiz ve müddet-i âriyetde dahi ecr-i misil lâzım geleceği kitâb-ı icâre şerhinde beyân olundu.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Taleb: Bu ta'bîr mutlak olarak zikrolunmasından anlaşılır ki, mu'îr bizzat taleb ettiğinde redd edilmek lâzım geldiği gibi, vekîli veya resûlü ile taleb ettiğinde yine reddi lâzım gelir. (1459. maddeye bak.)

Şu halde bir şahıs, müste'îre bi'l-mürâca'at, mu'îr "Müste'ârı bana i'âre edip senden kabz etmekliğimi emretdi." demesi üzerine müste'îr şahs-ı merkūmu tasdîk ederek müste'ârı ona i'tâ ettikden sonra mu'îr o şahsa ol vechile emrettiğini inkâr ettiğinde, müste'îr emri isbât ederse fe-biha, edemez ise söz ma'a'l-yemîn mu'îrin olmakla mu'îr yemîn ettiğinde müste'îr, mâl-i müste'ârı zâmin olur. (814. madde şerhine bak.) Ve müste'îr zâmin olduğu şeyle ol şahsa rücû' edemez. Zîra müste'îrin zu'munda ol şahıs mu'îr tarafından ahza me'zun bulunduğu halde, mu'îr şu izni inkâr etmesiyle kendisine zulmetmiş olup, mazlûm ise âhara zulmedemez. (921. maddeye bak.) Fakat müste'îr, o şahsı mezkûr ifadesinde tekzîb veyahut ne tasdîk ne de tekzîb yahut tasdîk ile berâber zamânı şart etse de müste'ârı o şahsa verse ona tazmîn ettirir. (820. madde şerhine bak.)

Müste'âr, yed-i müste'îrde zâyi' olup, sâhibi taleb ettiğinde müste'îr zıyâ'ını haber vermeyerek redd edeceğini va'dettikten sonra bilâ-ta'add velâ taksîr zıyâ'ını haber verse, mu'îr tasdîk etmediği halde zâhir rivayetde tenâkuz olmakla, ziyâ' iddiası kabûl edilmeyip müste'îre zamân lâzım gelir.

Lâkin mu'îr veya vekîli veya resûlü taleb etmeyip de müste'îr dahi redd ve iâde etmemekle telef olsa, âriyet mutlaka olunca zamân lâzım gelmez ise de mukayyede olduğu sûretde zamân lâzım geleceği madde-i âtiyede zikrolunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

2- Redd ve teslîm: Müste'îr, müste'ârı evvelce redd ve teslîm eylediğini iddia ettiği halde 1774. madde hükmünce, söz ma'a'l-yemîn müste'îrin olup müste'îr, bu iddiasını isbâta mecbur değildir. Amma müste'îr, müste'ârı redd ettiğini iddia ve isbât ve mu'îr, müste'îrin ta'addîsiyle müste'ârın yed-i müste'îrde telef olduğunu da'vâ ve isbât ettiğinde, mu'îrin beyyinesi tercih olunur. *(Vecîz)* (86. maddeye bak.)

3- Hemen: Bu kaydı ber-vech-i âtî *Mecelle* îzah ediyor. [**ve**] bu cihetle taleb-i mezkûrden sonra müste'îr âriyeti [**bilâ-özür**] yâni mu'îre redd ve teslîmden aczi

yoğiken yedinde [**tevkīf ve**] mu'îre veya vekîline veya resûlüne reddi [**tehir edip de**] yâni derhal redd etmeyip de ol vechile mu'îrin rızası olmaksızın alıkoymakla [**âriyet**] müste'îr yedinde [**telef veya zâyi' olsa yahut kıymetine noksan gelse**] telef veya zıyâ'ı hâlinde cemî' kıymetini ve noksan kıymet geldiği halde yalnız noksan-ı mezkûrü [**zâmin olur.**] Nitekim, 794. maddede zikrolunduğu üzre vedî'ada dahi hüküm bu idi. Noksan kıymetde *Mecelle*'nin 900. maddesinin nazar-ı itibara alınması lâzım gelir.

Yine bu vecihle mu'îr âriyeti taleb ettiğinde müste'îr, "Peki, vereyim." dedikten sonra bir ay geçip yedinde telef olsa, vakt-i talebde müste'îr redden aciz ise zamân lâzım gelmez ise de, âciz değil ise, ariyetin yed-i müste'îrde bekāsına mu'îr sarâhaten rıza göstermiş ise "beis yoktur demek gibi" yine zamân lâzım gelmez. Fakat rıza göstermemiş yâni mu'îr, müste'îrin te'hir-i reddine rıza göstermeyip terk-i redd de kerâhet, ve suhtu (râzı olmamak) irâ'e veya sükût eylemiş olduğu takdîrde zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Bu fıkrada "bilâ özür" denildi. Zîra te'hir bi-özrin olur ise, zevâl-i özre kadar redd etmesi lâzım gelmez ise de, ondan sonra yine redd eylemesi lâzım gelir. Şöyle ki meselâ i'âre-i mutlaka ile i'âre ettiği bir hayvanı müste'îr ahırında bağlayıp çarşıya gitmekle mu'îre orada tesadüf ettiğinde mu'îr hayvanın iâdesini taleb ettiği takdîrde oradan hâneye avdet edinceye kadar müddet zarfında te'hîr ma'füvv olur. Hatta bu müddetde hayvan telef olsa müste'îre zamân lâzım gelmez. Nitekim nassan veya delâleten muvakkat olan âriyetde hüküm böyle olduğu, madde-i âtiyede mezkûrdür.

Kezâ mu'îrin talebi üzerine müste'îr derhal sevb-i müste'ârı mu'îre götürüp de, ne mu'îri ne de 829. maddede muharrer kesânı bulamamakla redde muktedir olamadığı cihetle, o gece yedinde imsâk edip de bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, zamân lâzım gelmez. Amma öyle bir kimesneyi bulmuş iken teslîm etmese zâmin olur.

826. MADDE

[**Nassan veya delâleten muvakkat olan**] âriyet, ol vaktin hitâmında yed-i müste'îrde vedî'a gibi olup artık isti'mâli gayr-i câiz olmakla berâber ol [**âriyetin hitâm-ı müddet**]-i i'ârede [**mu'îre reddi lâzımdır.**] Ve meks-i mu'taddan ziyâde tevkīf edemez.

Nassan muvakkat, vakt-i muayyen ile tevkīti hâvî olan ve delâleten muvakkat amel-i mahsûs ile tevkīti müştemil bulunan âriyetdir ki bunun ta'bîr-i âmm ve şâmili 827. maddedir.

Bu cihetle müste'îr, hitâm-ı müddetde müste'ârı mu'îre redd ve iâde etmeyip de yedinde velev bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, müste'îre zamân lâzım gelir. Müste'îr hitâm-ı müd-

detden sonra gerek isti'mâl etmiş olsun ve gerek olmasın. Zîra müddet hi'tâm bulduktan sonra müste'îr âriyeti imsâk etmesiyle gāsıb olur. Çünkü mu'îrin izni muvakkat olmakla müste'îr hitâm-ı müddetde redd etmediği halde gayrin malını bilâ-izin nefsî için imsâk etmiş olur. (891. maddeye bak.)

Âriyet-i muvakkatede lüzûm-ı zamânda ihtilâf-ı fukaha: Bazı fukaha, âriyet-i muvakkatede lüzûm-ı zamân; ba'de mazâ'l-vakt, müste'îr müste'ârı kullandığı sûrettedir. Amma isti'mâl etmediği gibi sâhibi de taleb etmeyip muhâfaza etmekde iken telef olduğunda zamân lâzım gelmeyeceğine kāil olmuşlardır. Ve diğer bazı fukaha mutlaka zamân lâzım geleceğine zâhib olmuşlardır ki, *Mecelle* dahi bu kavli kabûl etmiş olduğu görülüyor. Ve *Fetevâ-yı Feyziyye*'de mezkûr olduğu üzre meşâyih-i İslamiyye dahi ber-vech-i meşrûh ifta eylemişlerdir.

Vakı'a *Mecelle*'de bu maddede, redd etmeyip de telef olsa zamân lâzım geleceği zikrolunmuyor ise de reddi lâzım gelir diyenler, redd etmediği takdîrde lüzûm-ı zamâna kāil oluyorlar. Maa zâlik 827. maddede lüzûm-ı zamân musarrahtır. Ve lüzûm-ı zamâna kāil olmayanlar ise âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddetle iâde lâzım gelmeyip ba'de't-taleb reddi lâzım gelir diyorlar. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Yine bu cihetle, bu gibi âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddetde müste'îr, müste'ârı âhara i'âre etse zâmin olur. Müste'âr velev ki müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan şeylerden ola. Yâni mu'îr, bu sûretde muhayyer olur. Dilerse müste'îr-i evvele ve dilerse müste'îr-i sâniye tazmîn ettirir.

Nitekim bu gibi âriyet-i muvakkateyi hitâm-ı müddetden sonra mu'îre iâde etmek üzre müste'îr, ecnebî bir kimseye verip de onun yedinde telef olsa müste'îr, ba'de mazâ'l-vakt, yedinde imsâk ettiğinde zâmin olacağı gibi ecnebî yedinde terk ettiğinde yine zâmin olur.

[**Fakat**] âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddetde [**meks-i mu'tad ma'füvvdür.**] Zîra 36. madde hükmünce âdet muhkemdir. Binâenaleyh, meks-i mu'tad müddetinde müste'âr yed-i müste'îrde telef olsa, zamân lâzım gelmez. Zîra cevâz-ı şer'î zamâna münâfîdir. (91. maddeye bak.) Meks-i mu'tad'ın miktarı örf ve âdet ile bilinir. Zîra lugat ve şer'de miktarı ta'yîn kılınmayan bu gibi ahvalde, âdete mürâca'at edilmek lâzım gelir.

[**Meselâ filan gün vakt-i asra kadar isti'mâl olunmak üzre isti'âre olunan hulliyyâtı, ol vaktin hululünde redd ve iâde olunmak lâzımdır.**] Bu misâl, nassan muvakkat olan âriyetin misâlidir. Nitekim, filan mahalle varıp gelinceye kadar binmek üzre isti'âre olunan hayvan ile ol mahalle varılıp gelindiğinde sâhibine redd edilmek lâzım gelir. Redd olunmak mümkün iken, olunmayıp da birkaç gün daha alıkonulmakla sirkat olunsa zamân lâzım gelir.

[**Kezâlik, filanın düğününde kullanmak üzre isti'âre olunan hulliyyâtı, ol düğünün hitâmında redd**] ve iâde [**lâzımdır.**] Şu misâl, delâleten muvakkat olan âriyete misâldir.

Diğer misâl: Filan dersi ihzar etmek üzre bir kitab isti'âre edip de o dersi itmam eylese, yahut dersi terk eylese, kitabın reddi lâzım gelir. Zîra bu âriyet, müste'îrin kitabı kırâet eylemek müddeti kaydıyla ma'nâ mukayyeddir.

[**Fakat bunu**] yâni nassan veya delâleten muvakkat olan âriyeti [**redd ve iâde için mu'tad olan vaktin mürûru lâzımdır.**] Bu cihetle bu vakit zarfında müste'âr yed-i müste'îrde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, zâmin olmaz.

vedî'anın reddi ancak ba'de't-taleb lâzım geleceği 794. maddede musarrah iken, âriyet-i muvakkatenin bi-dûni't-taleb reddi lâzım geldi. Fark şudur: vedî'ada müstevda'ın imsâki kabz-ı sâbıka mebnî olup, kabz-ı sabık-ı mezkûr ise mâlik içindir, ve âriyetde dahi müste'îrin imsâki kabz-ı sâbıka mebnî ise de fakat kabz-ı sabık-ı mezkûr müste'îrin nefsî için ve vakt-i muayyende adem-i zamân izne mebnî iken, ba'de'l-vakt izin bulunmamakla, nefsî için imsâk sebebiyle zamân lâzım olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

827. MADDE

[**Bir iş için bir şey isti'âre olundukda, ol işin hitâmında âriyet müste'îr yedinde vedî'a gibi olur.**] Binâenaleyh müstevda' bilâ-izin vedî'ayı isti'mâl ve âhara i'âre edemeyeceği gibi, bu şeyi müste'îr olan dahi [**artık**] o iş hitâm bulduktan sonra onu [**isti'mâl**] veya âhara i'âre ve îdâ' [**edemez.**] "96. maddeye bak.

[**Ve meks-i mu'tâddan ziyâde tevkif edemez.**] yâni isti'mâl veya i'âre veya îdâ' veya meks-i mu'tâddan ziyâde tevkif [**edip de**] âriyet [**telef olsa**] müste'îr âriyeti [**zâmin olur.**]

Meselâ bir kimse, bir ağaç kesmek için isti'âre ettiği baltayı, ol ağacı kestiğinde mu'îre redd etmesi lâzım gelir. Nitekim çamaşır için isti'âre ettiği kazân ve leğeni ol câmeyi yıkadığında mu'îre redd etmesi lâzım geleceği gibi; redd etmeyip de âhara i'âre veya îdâ' yahut isti'mâl edip de telef olsa zâmin olacağı gibi, meks-i mu'taddan ziyâde, yedinde bilâ isti'mâl bile tevkīf edip de o halde telef olsa, yine zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr.)*

Şu maddedeki âriyet dahi delâleten muvakkat ve binâenaleyh madde-i ânifede dâhil olup madde-i mezkûrede "kezâlik filanın düğününde kullanmak üzre .....ilâ âhirihi" misâli emsâlinden bulunmuştur. Bu sûretde şu madde, madde-i ânifeden fazla bir hüküm ifâde eylemez. Evet, madde-i ânifede "yahut delâleten"ibâresi getirilmemiş olsa idi bu maddenin burada lüzûm-ı hakīkīsi bulunurdu.

828. MADDE

[**Âriyeti müste'îr bi-nefsîhi yahut**] kendi [**emîni ile mu'îre**] yahut hizmetkârına, yahut örf ve âdetde teslîm addolunan mahalle [**redd**] ve iâde [**eder.**] Nitekim madde-i âtiyede beyân olunuyor.

Müste'îr, müte'âref olduğu vecihle âriyeti redd ettiğinde berî olur. Zîra müste'îr müte'âref olduğu vechile redd ve iâde eylemiştir. (36. maddeye bak.)

Emîni ile redd ona, yâni emîne îdâ' demektir. Şu halde bu madde 824. madde hükmünde olmuş olur. Binâenaleyh buradaki emîn, müste'îrin ıyâlinde bulunan emîn ile ecnebî bulunan yâni müste'îrin ıyâlinde bulunmayan emînden e'amdır ki, 824. madde şerhinde zikrolunduğu üzre âhara îdâ'ın cevâzında ol âharın emîn olması şart idi.

Hulâsa, müste'îr âriyeti îdâ' edebileceği kimse ile mu'îre redd edebilir. Şu halde emîn-i merkūm âriyeti itlâf ve istihlâk etse, 91. maddeye mebnî müste'îre mes'ûliyyet terettüb etmeyip zamân, hasran emîn-i merkūm üzerine lâzım gelir.

Amma müste'îr, âriyeti [**emîni olmayan kimesne ile redd edip de kable'l-vusûl**] yâni mu'îre redd ve teslîm olunmadan [**telef veya zâyi'**] veya kıymetine noksan târî veya o kimesne istihlâk etmiş [**olsa**] müste'îr [**zâmin olur.**] Âriyet gerek mutlaka olsun ve gerek mukayyede veya muvakkate olsun, hükümde müsâvîdir.

Mesela müste'îr âriyet-i muvakkateyi hitâm-ı müddetden sonra emîni olmayan bir kimesne ile mu'îre gönderse de onun yedinde bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa, müste'îr zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Tenvir ve Dürer)*

829. MADDE

[**Mücevherât gibi**] hizmetçiler yedinde bulundurulmayan [**eşya-yı nefîseden olan âriyeti mu'îrin kendisine teslîm etmek lâzımdır.**] Binâenaleyh, bu gibi eşya-yı nefîse mu'îrin hizmetkârına i'tâ yahut hânesine veya ahırına vaz' edilip de mu'îrin yedine vâsıl olmadan telef olsa, müste'îr zâmin olur. Zîra bunların ve emsâlinin hademeye teslîmi hakkında örf ve âdet cârî olmamıştır. (36. maddeye bak.) *(Bahr)*

Fakat, bu gibi eşya-yı nefîsenin bazı hususu hizmetkârlara verilmek örf olunca, o halde ona verilmek dahi câizdir. Şöyle ekâbir nezdlerinde bu gibi mücevherâtın ahz ve hıfza memur, ve bununla mükellef kalfa bulunur ise buna dahi teslîm câizdir. Nitekim mu'îrin ıyâlinde kabz ve sarfa ve sâir mesâlihi ru'yete memur müdîr-i umûru bulunup da eşya-yı nefîseden olan âriyetin buna teslîm edilmesi örf ve âdet olunca, ol eşyanın buna teslîm olunması câiz olur. (36. maddeye bakınız.)

[**Amma**] hizmetçiler yedinde bulunan [**sâir âriyeti örf ve âdetde teslîm addolunan mahalle götürmek veya mu'îrin hizmetkârına vermek teslîmdir.**] (36. maddeye bak.)

[**Meselâ âriyet hayvanı mu'îrin ahırına götürmek**] teslîm addolunan mahalle götürmeğe misâldir. [**Yahut seyisine**] hizmetkâra vermeğe misâldir [**vermek teslîmdir.**] Zîra bu vecihle teslîm müte'âref olmakla, ta'vil ve itimad onadır. Çünkü ahır mâlikin yedinde bulunmakla oraya redd etmek sâhibine redd olunmak demektir. Fakat bazı fukahâ, ahır mu'îrin hânesinin hâricinde olur ise oraya götürmek teslîm değildir. Zîra zâhir olan orada hayvan bilâ-hafız kalır demiştir. *(Zeylaî ve Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

"Ahırına" denildi. Zîra arazisine götürmek teslîm değildir. *(Bahr)*

Seyisine teslîm câiz oldu. Zîra mu'îr hayvanı seyisiyle hıfz edegelmekte olmakla seyisine teslîm, âdeten sâhibine teslîm olur. Çünkü bizzat sâhibine teslîm edilse o da seyisine verir.

"Seyisine" kaydı ihtirâzî midir? Bazı fukaha bu gibi hayvan, mu'îrin hizmetkârına verilebilir. Ol hizmetkâr gerek hayvana bakmakla mükellef yâni sâis olsun gerek başka uşak olsun. Çünkü sâis sûret-i dâimede hayvanı yedinde bulundurmaz. Bazan kapı yoldaşına verir ve binâenaleyh ona vermeğe dahi mal sâhibinin rızası bulunur demişlerdir. Şeyhülislâm Aliyyü'l-Pezdevî dahi sahîh olan bu kavîl olduğunu zikreylemiştir. *(Zeylaî).*

Şu kavle göre buradaki "sâisine" kayd-ı ihtirâzî değildir.

Bu cihetle âriyet hayvanı müste'îrden kabz etmek üzre mu'îrin hizmetkârı meselâ seyisi mu'îr tarafından gelip müste'îrden kabz ettikten sonra zâyi' olsa ve mu'îr ol hizmetkârının kendi tarafından kabz-ı âriyete memur olduğunu inkâr etse müste'îre zamân lâzım gelmez. Halbuki 825. madde şerhinde zikrolunduğu üzre âriyet diğer bir şahısa verildiğinde müste'îre zamân lâzım gelir.

Vedî'anın dahi bu madde vechile reddi sahîh olup olmadığında ihtilâf olunduğu 795. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

Mağsubun reddi âriyetin reddi gibi değildir. Şöyle ki burada âriyet ta'bîri mağsubdan ihtirâz içindir. Zîra gâsıb, mağsubu mâlikine redd etmedikçe berî olmaz. Çünkü gâsıb üzerine vâcib olan, gasb fi'ilini fesh ve izâle etmek olup bu ise mâlike redd ile olur. Yoksa gayrisinin reddiyle olmaz. *(Bahr)* 890. madde şerhinde buna dâir îzâhat verilecektir.

830. MADDE

Bir aynın kabzı kimin menfa‘ati için ise, me'ûnet-i reddi dahi ona aiddir. (87. maddeye bak.) Bu kā‘ide üzerine ebvab-ı müteferrikadan mesâil teferru‘ eder.

İ‘âre: [**Müste‘îr, yedinde bulunan âriyeti redd edecek oldukda me'ûneti yâni**] redd [**külfeti ve masârif-i nakliyyesi kendi üzerinedir.**] Zîra âriyetden husûle gelen menfa‘at kendisine aiddir. Müste‘îr âriyeti kendi menfa‘ati için kabz eylemiştir.

Redd-i müste‘ârın me'ûneti müste‘îr üzerine olmasına şu iki mes'ele teferru‘ eder.

1. Mes'ele: Mu‘îr âriyeti taleb eylediği ve müste‘îr dahi redde muktedir olduğu halde, müste‘îr mu‘îre "Gel de sen al yahut hammalı gönder de alıp götür." diye iâdeden imtinâ‘ etse de ondan sonra yedinde telef olsa, zâmin olur.

2. Mes'ele: Âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddette "Mu‘îr gelsin alsın." diye müste‘îr, müste‘ârı yedinde velev bilâ-isti‘mâl tevkīf etse de telef olsa, zâmin olur. *(Bahr)*

Îcâre: 595. maddede beyân olunduğu üzre me'cûrun redd ve iâdesi haml ve me'ûnete muhtac ise, ücret-i nakliyyesi âcir üzerinedir. Çünkü me'cûrun kabzı âcirin menfa‘ati içindir. Zîra âcir bedel-i icâreye müstahık oluyor. *(Bahr)*

Suâl: Müste'cir dahi me'cûrun menfa‘atine mâlik olmakla, me'cûrun kabzı müste'cirin menfa‘ati için olmuş olduğu cihetle redd-i me'ûneti müste'cire aid olmalı yahut hiç olmaz ise bu kaideye mebnî bi'l-iştirak tesviye edilmeli idi.

Cevab: Müste'cir için hâsıl olan menfa‘at, ayn-ı bâki olduğu ve ayn ise menfa‘ate müraccah bulunduğu cihetle me'ûnet-i redd mûcir üzerine kılındı.

Rehin: Rehin, fekkolunduktan sonra râhine iâde edilecek olduğunda me'ûnet-i redd ve iâdesi mürtehin üzerinedir. *(Bahr)* Zîra kitab-ı rehn şerhinde yâni "Kitab-ı hâmis rehin hakkındadır." ünvanı şerhinde îzah olunduğu üzre merhûnun kabzı mürtehinin te'min-i deyni içindir.

Gasb: 890. maddede zikrolunduğu üzre mağsubun me'ûnet-i reddi ve mesârif-i nakliyyesi gāsıb üzerinedir. Zîra gāsıb üzerine mağsubu mâlikine redd ve iâde ve ol vechile gasbından nâşi mal sâhibine ettiği zararı izâle eylemesi vacibdir. *(Bahr)*

İstisna: Bu madde hükmünden âtî'z-zikr mes'ele müstesnâ bulunmuştur.

Şöyle ki bir kimse kendi borcu mukâbilinde rehnetmek üzre diğerinin malını isti‘âre etse de sonra merhuniyyetten fekkedilse, bu malın me'ûnet-i reddi mu‘îrin üzerinedir. Bu âriyetin diğer âriyetten farkı şudur. Bu gibi berâ-yı rehn âriyette menfa‘at ve fâide mu‘îre aiddir. Şu cihetle ki rehn-i müste‘âr yed-i mürtehinde telef olduğunda müste‘îrin borcu

sâkıt olacağından mu'îr dahi müste'îre sâkıt olan borcu miktarı ile mürâca'at edebilir. Binâenaleyh bu âriyet icâre menzilindedir. *(Bahr)*

Şu mülâhaza itibariyle rehn-i müste'ârın me'ûnet-i reddi, mu'îr üzerine olması dahi sadr-ı maddede beyân ettiğimiz kā'idenin fürûâtından olur.

831. MADDE

[**Ebniye yapmak ve ağaç dikmek için yer isti'âre etmek sahîhdir.**] Zîra bu vecihle şirâen ve istîcâren intifâ' câiz olduğu gibi i'âreten dahi intifâ' câizdir.

Şu maddeden maksûd, bizzat fıkra-i âtiye olup, yoksa kendisi için isti'âre câiz olan menâfi'in buna munhasır olduğunu beyân etmek maksûd değildir. Görülmez mi ki araziyi merâh "geçmek" ve nasb-ı haym "çadırları kurmak" ve îkāf ve îka'ame-i devâbb "hayvanları durdurmak" ve ziraat eylemek ve hayvanı binmek ve yük yükletmek ve çift sürmek ve âhara îcâr eylemek ve rehnetmek ve huliyyâtı takınmak ve hâneyi tezyîn etmek ve elbiseyi giymek ve hâneyi, onda sakin olmak ve orada emtiasını vaz' etmek ve ağacı dahi binasına koymak gibi aksam-ı müste'ârın envâ-ı menâfi'i için isti'âresi sahîh olur.

[**Lâkin mu'îr**] müste'îr ebniye yaptıktan ve ağaç gars ettikten sonra bile [**dilediği vakit i'âreden rücû' ile bunları kal' ettirebilir.**] Yâni müste'îr, bunları kal'a mecburdur. Meğer ki kal'ı arza muzır ola. Nitekim karîben îzah olunur.

İ'âreden rücû' câiz oldu. Zîra i'âre akd-i lâzım değildir. (806. maddeye bak.)

Kal' ettirebildi. Zîra müste'îr kendi mülküyle mu'îrin mülkünü şâğıl oldu. Bunun nazîri şudur. 909. maddede zikrolunduğu üzre bir kimesne süprüntü veya diğer nesne vaz'ıyla birinin arsasını işgal etse koyduğu şeyi ref' ile arsayı tahliye etmek üzre cebrolunur. *(Bahr)*

Ve i'âre gayr-i muvakkat olduğu sûretde mu'îr üzerine fıkra-i âtiyede muharrer olduğu üzre zamân lâzım gelmeyeceği gibi kal' sebeble binaya veya ağaca târî olan noksanı dahi, müste'îr mu'îre tazmîn ettiremez. Nitekim fıkra-i mezkûrede "muvakkat ise" ta'bîrinden dahi anlaşılır. Zîra âriyet akd-i lâzım olmadığı cihetle ber-vech-i muharrer vukū' bulan i'âre-i mutlakada mu'îr müste'îri aldatmış olmayıp belki müste'îr kendi kendini aldatmış olur.

Tafsilat-ı ânifeden bu fıkrada zamân lâzım gelişinin sebebi zâhir ve beynlerindeki fark aşikâr oldu.

Mu'îrin bina ve ağacı temellük edebilmesi: Mu'îrin diğer bir hakkı dahi vardır. Şöyle ki bina veya garsın kal'ı arza muzırr ise, müste'îr râzı olmasa bile mu'îr bunları maklû'an kıymetiyle temlîk edebilir. Yâni ebniye ve eşcârın derhal vakt-i rücû'undaki maklû'an kıy-

metiyle mu'îr onları istimlâk edebilir. Zîra mu'îrin arzına noksan târî olup mutazarrır olmasın için bu temellükde mu'îr müstakil oldu.

Amma kal' sebebiyle bina veya garsa noksan târî olacak olsa bile müste'îrin arzı temellüke selâhiyyeti yoktur. Zîra müste'îr bulunan bina sâhibi, sâhib-i vasftır. Ve mu'îr ise sâhib-i asıldır. Binâenaleyh sâhib-i aslın tarafının tercihi lâzım gelir.

Fakat bunların kal'ı arza muzır olmayınca mu'îr, bunları cebren yâni müste'îrin rızası olmaksızın temellük edemez. Amma mu'îr temellük ve iştiraya ve müste'îr dahi temlîk ve bey'a râzı olunca mu'îrin temellükü ve şirası sahîh olur. (531. maddeye ve şerhine bak.)

Hulâsa, bina ve ağacın kal'ı arza muzırr olduğu takdirde cebren temellük etmek mu'îre aid bir salâhiyetdir. Yoksa müste'îr, temellük-i mezkûre mu'îri icbâr edemeyip, mu'îr kal'a râzı olunca, kal'ı arza muzrır olsa bile, müste'îr kal'a mecbûrdur.

Şu fıkrada rücû'un mu'îre isnadı hasr için değildir. Zîra müste'îr dahi dilediği vakit akd-i i'âreyi fesh ile bunları kal' edebilir. İ'âre gerek muvakkat olsun gerek olmasın.

Hulâsa, âriyet üç vecihle fesholunabilir ki, vücûh-ı mezkûre 806. madde şerhinde îzah olunmuş idi.

Bina ve ağaçtan mu'îr ile müste'îr arasında ihtilâf vâki' olunca yâni müste'îr bunları kal' etmek isteyerek "Şu binayı ben yaptım." veya "Şu ağacı ben diktim." dediği halde mu'îr, "Bu bina veya ağaç zaten mevcûd idi." diye ihtilâf ettiklerinde, söz mu'îrin olduğu gibi, tarafeyn beyyine îka'ame ettikleri takdîrde, mu'îrin beyyinesi tercih olunur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

[**Şu kadar ki i'âre**] 826. madde vechile [**muvakkat ise**] hitâm-ı müddetden evvel rücû'-ı mezkûr half-i va'di mutazammın olduğundan mekruh bulunmakla berâber [**ebniye ve eşcarın kal'**] ve arazi istirdâd [**olunduğu zemândaki maklû'an kıymeti ile inkızâ-yı müddete kadar durmak üzre kıymeti beyninde tefâvüt ne ise mu'îr onu zâmin olur.**] Yoksa mu'îr ebniye ve eşcârın kıymetini zâmin olarak temellük etmeğe mecbur değildir. Zîra mu'îr, vakt-i muayyen nihayetine kadar terke râzı olduğunu tasrih ettiği cihetle, müste'îri aldatmış olur. Çünkü insanın zâhir hâli, vadi üzerine sâbit kalmak iken, va'd-i mezkûründe mu'îr sâbit kalmayınca müste'îrin nefsînden zararı def için ber-vech-i mezkûr hakk-ı tazmîni vardır.

Ve bir de mu'îr ber-vech-i mezkûr iki kıymet beynindeki tefâvütü zâmin olur, yoksa ebniye ve eşcârın cemî' kıymetini zâmin olmaz. Her ne kadar *Muhît*'in zâhiri ber-vech-i meşrûh cemî' kıymetini zâmin olmak ise de *Mecelle, Muhît*'in şu kavlini kabûl etmemiştir. *(Bahr)* Ve böyle i'âre-i muvakkatede mu'îr, hitâm-ı müddetten evvel rücû' edip de ebniye ve eşcârın kal'ı zarar-ı fahişle arza muzır olmakla, mu'îr ber-vech-i bâlâ bunları

temellük etmek istediğinde, ebniye ve eşcârın hitâm-ı müddetine kadar durmak üzre kıymetiyle temellük eder. Zîra kable'l-vakt kal' müstahakkun-aleyh değildir. Yoksa derhal olan maklûan kıymetiyle temellük edemez.

Âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddetten evvel rücû'da ber-vech-i meşrûh tazmînat yoktur. Yâni âriyet-i muvakkatede hitâm-ı müddetten evvel rücû'da ber-vech-i meşrûh tazmînat var ise de, hitâm-ı müddetten sonra mu'îr mâl-i müste'ârı almak istediğinde, bu gibi zamân ile mu'îr mecbûr edilemeyip belki bu takdîrde dahi bunların kal'ı arza muzır olunca, mu'îr bunları maklû'an kıymetiyle temellük eder.

Suâl ve cevab:

Fakat bu madde üzerine ber-vech-i âtî suâl irad olunur. Şöyle ki zamân-ı gurûr akd-i mu'âvazada olup gayrisinde yoktur. Meselâ bir kimse diğer kimesneye şu yoldan git deyip de, o da gittiği halde, onu hırsızlar soysalar, bu sözü söyleyen kimse üzerine zamân lâzım gelmez. İmdi âriyet, akd-i muâvaza değil iken nasıl zamân lâzım gelir. Nitekim mevhûbun-lehe istihkaktan dolayı zamân lâhık olsa, vahib zâmin olmaz. (658. madde şerhine bak.)

Cevab: Bu sûret iltizam bâbındandır. Zîra takdîr-i kelâm "Bu arsada nefsîn için bina yap, onu yedinde filan vakte kadar terk etmemem üzre, eğer terk etmez isem, sana binayı zâminim." demektir.

Âriyet-i muvakkatede kable temami'l-müddet arz-ı müste'âr zabt edilerek müste'îr kal'a mecbur olsa, lüzûm-ı zamânda ihtilâf olunmuştur. Şöyle ki; âriyet-i muvakkatede kable temami'l-vakt mu'îr rücû' edince ber-vech-i muharrer zamân lâzım gelirse de, bu gibi âriyet-i muvakkatede kable temami'l-müddet arz-ı müste'âr bi'l-istihkak zabt edilerek müste'îr bina ve eşcârı kal'a mecbur olsa, mu'îr üzerine ber-vech-i bâlâ zamân lâzım gelmeyeceği ve âriyet mutlaka olsun muvakkate olsun hüküm bir olduğu ***Hindiyye***'de zikrolunduktan sonra -Hassâf'ın beyânına nazaran- İmam Muhammed rahimehü'llahü Te'âlâ'nın mezhebine göre mu'îr üzerine mezkûr zamân lâzım gelmez ki 658. madde şerhinde nef'i kābıza ait olan bir akidde bir kimse birini aldatsa, zamân lâzım gelmeyeceği zikredilmiş idi. Fakat İmam-ı A'zam ile İmam Ebu Yusuf rahımehümâllahü Te'âlâ'ya göre zamân lâzım geleceği beyân olunmuştur.

[**Meselâ ebniye ve eşcâr derhal kal' olunduğu takdîrde maklûan kıymeti on iki altun ve inkıza-yı müddete kadar durmak üzre kıymeti yirmi altun olduğu halde mu'îr derhal kal' ettirecek olur ise**] bunların beyninde tefâvüt bulunan [**sekiz altun**]u mu'îrin müste'îre [**vermesi lâzım gelir.**] Ve ebniye ve eşcârda vakt-i istirdâddaki kıymet, yâni mu'îrin arzı istirdâd edeceği zemândaki bedel mu'teberdir. *(Bahr)* Zîra vakt-i istirdâddaki kıymet esheldir. Ve bazılar, vakt-i mürûr-ı müddetteki kıymet lâzım gelir demişler ise de, mu'teber olan kavl-i evveldir.

Diğer bir misâl: Bir kimse arzını bina veya gars için iki sene müddetle âhara i'âre edip, müste'îr dahi bina veya gars ettikten sonra altı ay hitâmında âriyetden rücû' ederek kal' ile emretse, ehl-i hıbreden lede's-suâl ebniye veya eşcârın tam iki sene durmak üzre kıymeti bin kuruş ve fi'l-hal maklû'an kıymeti yüz kuruş olduğu tahakkuk etse mu'îr, müste'îre dokuz yüz kuruşu zâmin olur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

832. MADDE

[**Gerek muvakkat ve gerek gayr-i muvakkat olarak zer' için i'âre olunan araziyi mu'îr, vakt-i hasattan mukaddem rücû' edip de müste'îrden istirdâd edemez.**] Bu madde istihsânen tecviz edilmiştir. Adem-i istirdâda sebeb şudur: Müste'îr, arz-ı müste'âreyi ziraatde mübtıl ve haksız olmayıp belki mu'îr tarafından kendisine zirâate izin verilmesiyle müste'îr-i merkūm mağrur olmuş olur. Binâenaleyh arzın bi-tarîkı'l-icâre terki lâzım gelir. Rücu'-ı mu'îrden sonra i'âre ol vechile icâreye münkalib olur. (19. maddeye bak.) *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

Ebniye ve eşcârda rücû' ve istirdâd câiz iken, zer'de câiz değildir. Beynlerindeki fark ber-vech-i âtî îzah olunur:

Evvelki yâni 831. maddede rücû' eder idi. Zîra ebniye ve ağacın ma'lûm bir nihâyeti olmadığından ve ilâ gayri'n-nihâye müste'îr yedinde velev ki ecr-i misil ile arzın ibkāsı mu'îre muzır bulunduğundan mâlikin yâni mu'îrin zararını ref' ve izâle için ebniye ve eşcâr kal' olundu. Amma işbu maddede zer'in ma'lûm bir nihayeti bulunup, binâenaleyh arz-ı müste'âr ecr-i misliyle nihayet-i ma'lûme bulunan vakt-i hasada kadar müste'îr yedinde ibkā olunur. Yâni müste'îr i'âreden rücû'undan sonraki müddetin ecr-i mislini mu'îre bi'l-i'ta, vakt-i hasada kadar arazi yed-i müste'îrde ibkā edilir. Nitekim berâ-yı zirâat arazi istîcâr olunup da, henüz zer' idrak etmeden müddet-i icâre münkazî olunca, mezrû'ât idrak edinceye kadar arz-ı me'cûr yed-i müste'cirde ecr-i misliyle ibkā edileceği gibi. (526. maddeye ve şerhine bak.) *(Bahr)*

Bu madde vechile mezrû'âtın ecr-i misliyle vakt-i hasada kadar ibkāsının sebeb ve illeti ikidir.

Birincisi: Zer'in kal'ı müste'îre muzırr olduğu gibi bilâ-bedel ibkāsı dahi mu'îre muzırr olduğundan iki tarafın zararı bu vechile bi-kaderi'l-imkân def' olunur. (31. maddeye bak.) Ve ber-vech-i meşrûh iki tarafın hakkına murâ'ât olundu. Zîra hakk-ı rücû'u vardır. Sâhib-i zer'in hakkına mürâ'ât olundu. Zîra mu'îr tarafından mağrur olmuştur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

İkincisi: Ekinin kal‘ında müste‘îrin mülkünün ibtâli bulunduğu halde ekinin terkinde hakk-ı mu‘îrin yâni tasarrufunun tehiri bulunup, evvelkisi zarar cihetince eşedd olmakla, ikincisine gidilmek îcâb etti. (29. maddeye bak.)

Ücretin lüzûmunda ihtilâf-ı fukaha:

Ücretin lüzûmunda bazı ulemâya göre akd-i îcâr lâzımdır. Yâni mu‘îr ba'de'r-rücû‘ arzı müste‘îre îcâr eylemelidir. Fakat tarafeyn akd-i icârede ittifak edemezler ise, hâkim îcâr ve ücreti erbab-ı vukūfa ihbar ettirerek takdîr eder. Amma bu vecihle mu‘îr veya hâkimin îcârı olmaksızın mu‘îr ücret alamaz. (596. maddeye bak.) Ve diğer bazı fukahaya göre akd-i icâre edilmese dahi ba'de'r-rücû‘ olan müddet için ecr-i misil lâzım gelir.

Adem-i istirdâdın ma‘nâsı: İzâhat-ı ânifeden anlaşıldı ki, *Mecelle*'deki "edemez" nefy-i istirdâda müte‘allik ve mürtebit olup hasran nefy-i istirdâd içindir. Yoksa hem rücû‘ hem de istirdâdın nefyi için değildir. Zîra 806. madde şerhinde zikrolunduğu vechile, mu‘îr dilediği vakit i‘âreden rücû‘ edebilir. Velev ki müste‘îre zarar-bîn buluna. Binâenaleyh bu maddede dahi rücû‘ ile i‘âre bâtıl olarak müste‘îr yedinde ecr-i misl ile ibkā olunur. Bi'r-rücû‘ butlan-ı i‘âre ile müste‘ârın yed-i müste‘îrde ecr-i misil ile ibkāsı beynindeki fark zâhirdir.

Şu maddede mu‘îr, "Ekinin yâni tohumun mislini ve müste‘îrin masrafını i‘tâ ederek temellük ederim. Binâenaleyh müste‘îr arzımı bana teslîm etsin." dediğinde, eğer tohum nâbit olmamış ise, müste‘îr râzı olsa bile câiz değildir. Zîra kable'n-nebât tohum müstehlek ve ma‘dum olmakla bey‘i sahîh olmaz. (205. maddeye bak.) Ve eğer nâbit olup da müste‘îr buna râzı olursa, bu muâmele câizdir. Amma müste‘îr râzı olmaz ise mu‘îrin buna cebre selahıyyeti yoktur. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mu‘îrin müste‘ârı istirdâd edemediği diğer mes'ele: Mu‘îr, âtî'l-beyân mes'elede dahi i‘âreden bi'r-rücû‘ müste‘ârı istirdâd edemez. Şöyle ki mu‘îr, meselâ yağ koymak için bir tulumu i‘âre ettikten sonra şol mevzuda i‘âreden rücû‘ etse ki orada diğer tulumu tedarik ile yağı boşaltmak müste‘îr için mümkün olmaya diğer tulum bulunması mümkün olan mahalle kadar mezkûr tulum ecr-i misil ile yed-i müste‘îrde ibkā olunur.

HÂTÎME

[Temlik ve i‘ârede ihtilâf hakkındadır.]

1. Mes'ele: Bir kimse kızına ber-mu‘tâd yâni ol kızın misline öyle cihaz verilir sûrette cihaz verdikten sonra "Bu eşyayı sana i‘âre etmişidim." dese, nazar olunur. Babanın ol cihazı mülk olmak yoksa âriyet kabîlinden olmak üzre vermek mu‘tâd ve örf-i müstemirr olunca babanın kavli kabûl olunmaz. Zîra zâhir-i hal babayı tekzîb

eder. Ve eğer örf böyle değil ise, yahut örf muttârîd olmayıp bazan öyle ve bazan böyle olur ise söz babanındır.

Nitekim, ol kızın misline verilecek cihazdan ekser mal verse de sonra âriyet olarak i'tâ eylediğini iddia etse, söz babanındır. Fakat bunda söz babanın olması cem'îsinde midir, yoksa cihaz mislinden ziyâdesinde midir? Zahir olan evvelkisidir.

Ümm ile sağîrenin sâir velîleri ahkâm-ı mezkûrede baba gibidir.

2. Mes'ele: Baba kızına cihaz verdikten sonra fevt olmakla bakıyye-i verese bu cihazın mirasa idhâl edilmesini istediklerinde nazar olunur. Baba hâl-i sıhhatinde iken kızın zemân-ı sığârında kız için satın almış, yahut kızın hâl-i kiberinde alıp ona teslîm eylemiş ise bakıyye-i verese buna müdâhale edemez. Elhamdülillah. La havle velâ kuvvete illa billah.

Şerh-i Kitabü'l-Hibe

KİTAB-I SÂBİ'

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله واهب العطايا معطي النعم خالق البرايا
والصلاة والسلام على سيدنا محمد مبلغ الهدي وعلى آله
وأصحابه وخلفائه أئمة الدين المجتبى

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HİBE

KİTAB-I SÂBİ‘

[Hibe hakkında olup bir mukaddime ile iki bâbı müştemildir.]

Hibe mebâhisinin, âriyeti ta‘kīben zikrolunmasıyla ednâdan a‘lâya terakki ediliyor. Zîra âriyette yalnız temlîk-i menfa‘at bulunmakla âriyet ednâ ve hibede hem temlîk-i ayn, hem de temlîk-i menfa‘at bulunmakla, hibe âriyetden a‘lâ bulunmuştur. *(Tahtâvî).*

Hibe, "fa"nın kesriyle ve "ayn"ın sükûniyle olan fi‘le veznindedir. Zîra aslı "vehebe"den me'huz hibedir.[1]

Hibenin meşrû‘iyyeti edille-i erba‘adan Kitab ve Sünnet ve İcmâ-ı Ümmet ile sâbit olmuştur.

Kitab: "وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها" (Nisa 4/86) ayet-i celilesi olup, tahiyyeden maksûd, bazıları selâmdır demişler ise de ezhar olan atıyyedir. *(Kifâye).*

Sünnet dahi "***Tehâdev tehâbbû***" hadis-i şerifidir. "Tehâdev" "dâl"ın fethi ve "vav"ın sükûnü ile "teâlev" gibi olup cemâate hitâb sîgası olduğu gibi, "tehâbbû" dahi bâ-i müşeddede-i mazmûme ile olup, cemâate hıtab sîgasıdır ki aslı "tehabbûn" iken emre cevab vâki‘ olmakla "nun" sakıt olmuştur. *(Hidâye ve Aynî).*

İcmâ-ı Ümmet'e gelince, hibenin meşrû‘iyyetine icmâ-ı ümmet vâki‘ olmuştur. *(Hidâye)*

Hibenin mehâsini: Mehâsin-i hibe çoktur. Mü'min üzerine; veledine ta‘lîm, tevhîd ve iman vâcib olduğu gibi, ta‘lîm-i cûd ve ihsân dahi vâcibdir. Zîra hubb-i dünya, her hatânın ve fenâlığın başıdır. *(Bahr)* Vâcib-i Te‘âlâ zât-ı akdesîlerini Vehhâb vasfiyle tavsîf edip "el-Azîzü'l-Vehhâb" buyurmuşlardır ki bu, hibenin mehâsini için kifâyet eder. *(Feth)* Beşer, hibeye mübâşeret ettiğinde eşref-i sıfâtı iktisâb etmiş ve keremi isti‘mâl ve nefsinden şuhhu "buhlü" izâle ve mevhûbun-lehe sürûru idhal ve mevhûbun-leh ile arasında meveddet ve muhabbeti îrâs ve hasedi izâle eylemiş ve buna mübâşeret eden "***Ve men yûka şuhha nefsihi fe-ülâike hümü'l-müflihûn***" (Haşr 59/9) âyet-i celîlesi hükm-i münîfi vechile müflihînden olmuş olur. *(Tahtâvî)*

---

1 كعدة اصلها وعدة من وعد فكانت من المصادر التى تحذف اوائلها ويعوض فى آخرها التاء. فتح وعينى

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HİBE

MUKADDİME

[Hibeye dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.]

833. MADDE

[**Hibe**], lugat-ı Arab'da mevhûbun-lehin yani mu'tâ-lehin intifâ' edeceği şeyi tefaddul ve ihsândır. Ol şey gerek mal olsun -"Filan bu şahsa bir bargiri hibe etti." sözünde olduğu gibi- gerek mal olmasın -"Hüdâ oğlunu sana hibe etsin!" kelâmında olduğu gibi. Oğlu, yâni hür olan benî Âdem mal değildir. Nitekim âyet-i celîlede "***Fe heb lî min ledünke veliyyâ***" (Meryem 19/5) ve "***yehebü limen yeşâü inâsen ve yehebü limen yeşâü'z-zükûr***" (Şûrâ 42/49) varid olmuştur. *(Ebussuud el-Mısrî)*

Şu halde, hibenin âtîdeki ma'nâ-yı ıstılâhîye nakli, nakl-i ismi'l-âmm ile'l-hâss olur; çünkü ma'nâ-yı ıstılâhice hibe bilhassa malda bulunur. Hibenin cem'i hibât ve mevâhib gelir. *(Feth)*

Hibe, ıstılâh-ı fukahada [**bilâ-ivaz bir malı ahara**] hâlen [**temlîk etmektir ki**] temlîk [**eden kimseye vâhib ve ol mala**] yâni temlîk edilen şeye [**mevhûb ve anı**] yâni şu temlîki [**kabûl edene mevhûbun-leh denilir.**] "Hemze"nin kesri ve "ta"nın teşdîdi ile olan [**ittihab dahi hibeyi kabûl demektir.**] Amma istîhâb hibeyi taleb etmektir. *(Kifâye ve Feth)*. Şu ta'rîften anlaşılır ki hibe temlîkten ibâret olup fakat mevhûbe dahi ba'zan hibe ıtlâk olunduğu ve bâb-ı sâninin fasl-ı ûlâ ünvânındaki hibe mevhûb ma'nâsında bulunduğu gibi, hibe edilen mala mevhûbe dahi ıtlâk olunur.

Hibenin şu ta'rîfinde, hediye ve sadaka dahi dâhil olup, âtîde bunların ayrıca ta'rîf olunması hibeden hurûcunu iktizâ eylemez.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Temlîk: Bilâivaz kaydı temlîke merbût ve ma'nâca ondan muahhardır. Çünkü, bunun ta'rîf-i Arabîsi "***Temlîkü'l-mâl bilâ ivaz***" dan ibârettir. Şu halde temlîk lafzı ta'rîfin ma'nen cüz'-i evveli ve cinsi

mesâbesinde ve min vechin, kayd-ı medhal olup bey' ve icâre gibi kâffe-i temlîkât dâhil olur. Amma min vechin âhar kayd-ı muhrec olup, bu lafız ile dört nev' şey, ta'rîften hâric kalır. Şöyle ki:

Evvelen: Müstegıllât-ı vakfiyyenin ve arâzi-i emîriyyenin meccânen ferâğı -ferâğ, hakk-ı âdî-i mücerredden nüzûldür diyenlere göre- hâric kalır.

Sâniyen: Atîde îzâh olunacağı üzre temlîkten hâlâ temlîk ma'nâsı müstefâd olacağından, bu kayd ile vasıyyet hâric kalır.

Sâlisen: Temlîk lafzıyla 873. maddede mevzû-ı bahs olan hibe, yâni deyni, "***men aleyhi'd-deyn***"e temlîk hâric kalır ki, bunun hurûcu dahi lâzımdır. Zîra mezkûr hibe her ne kadar hibe lafzıyla vâki' ise de hakîkatte iskāt olup yoksa temlîk değildir. Bunun hibe olmadığına delil dahi, hibe ba'de'l-îcab mevhûbün-lehin kabûlüne tevakkuf ettiği halde, deyni medyuna hibenin kabûle tevakkuf eylememesidir. Bu mes'ele 873. madde şerhinde beyân olunur.

Râbi'an: Temlîk lafzıyla, nefy-i mülk sûretiyle olan ikrâr hâric kalır. Zîra ikrâr-ı mezkûr fi'l-hal temlîk olmayıp, belki o mal mukarrun-lehin zaten mülkü bulunduğu, ihbârdan ibârettir. Ve nefy-i mülk sûretiyle olan ikrârın ta'rîften hurûcu lâzımdır. Çünkü bu ikrâr, hibe olmayıp, hatta temâmiyyet-i hibede kabz lâzım olduğu halde nefy-i mülkde kabz lâzım değildir.

Meselâ bir kimse diğer kimesneye "în türâst" dese, vakt-i tekellümde mezkûr mal o kimesnenin olduğunu ikrâr eylemiş olmakla, mezkûr malın teslîmi şart değildir. Amma "în türâ" dese, o mal müstakbelde o kimesne için kılınmış olup, bu ise hibe ile olacağından teslîmi lâzım gelir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)*

Nitekim bir kimse, "Mâlik olduğum emvâlin cem'isi filanındır." dese, hibe olup teslîmi lâzım iken; "Bana nisbet olunan emvâlin cümlesi filanındır." dese, ikrâr olup teslîmi şart değildir. (1591. maddeye bak. 848. madde şerhine dahi mürâca'at oluna.)

Temlîk lafzından müstefâd olunan ahkâm:

Temlîk: Bu lafız mümellikin yâni vâhibin ol mala mâlik ve temlîke ehil olmasını iktizâ edeceği cihetle, bu lafız ile 857. ve 859. maddelere işâret hâsıl olduğu gibi mübâh olan şeyin hibesinin adem-i cevâzına işâret hâsıl olur. Zîra meselâ cibâl-i mübâhada bulunan odun, kimsenin mülkü olmadığı cihetle, vâhibin onu birine hibe ve temlîk etmesi, memlûk olmayan şeyi temlîk olduğundan muhâldir. *(Bahr)*

2- Bir: Bu ta'bîr, mevhûb iki veya ziyâde olmasından ihtiraz için olmayıp, belki tenkîr ve ta'mim için olmakla, mevhûb, bir mal olması sûretine şâmil olduğu gibi, iki veya ziyâde mal olması sûretine dahi âmm olur.

3- Malını: Malı temlîk denilmesiyle ibâha ile temlîkü'l-menâfi'den ibâret bulunan âriyet ve icâre ve min haysü'z-zemân ve min haysü'l-mekân mühâye'e ve müsak-

kafât ve müstegıllât-ı vakfiyyenin ve arâzi-i emîriyyenin ferâğı, -Bu ferâğ icârdır diyenlere göre- hâric kalır.

İbâha ile hibe arasındaki farklar: İbâha, ta'rîf-i hibeden ihrâc olunmuştur. Zîra ibâha ile hibe beyninde üç türlü fark vardır.

Birincisi: Min haysü'l-mâhiyye farktır ki hibe, bir malı bilâ ivaz temlîkten, ve ibâha ise 836. madde hükmünce bir malı ekle ruhsat vermekten ibâret ve binaenaleyh hibe ile ibâha, mâhiyyeten başka başka şeylerdir.

İkincisi, min haysü'l-hüküm farktır. Şöyle ki hibede ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl ve'l-kabz, vâhibin mevhûbdan mülkü zâil iken, ibâhada mübâhun-leh ibâha olunan şeyi ekl ve tenâvül etmedikçe ondan mübîhin mülkü zâil olmaz.

Üçüncüsü, hibede mevhûbün-lehin ve mevhûbun ma'lûm olması şart iken, ibâhada mübâhun-lehin ve mübâhın ma'lûm olması şart değildir. Yâni ibâhanın sıhhatinde ol şeyin ma'lûm olması şart olmadığı gibi ol âharın da ma'lûm olması emr-i lâzım değildir. Hatta bir kimse, "Her kim ki benim malımdan ekl ve tenâvül ederse helal olsun." dese ibâha olur. Nitekim 875. maddede îzâh olunur. ***(Haniyye fî faslin fî beraeti'l-gāsıb ve'l-medyun, ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin mine'l-gasb).***

Amma bir kimse diğer kimesneye "Benim malımdan her ne ahz eder isen helal olsun." demesiyle, o kimesne ol kimsenin malını ahz edemez. Zîra bu, kavl-i hibe olup, 858. maddede musarrah olduğu üzre mechûlün hibesi caiz değildir.[1]

4- Bilâ ivaz: Bu kayd ile bey' ve kısmet hâric kalır. Zîra bey'de ivaz meşrût olduğu gibi kısmette dahi 1116. maddede mezkûr olduğu üzre mübâdele mevcuttur.

Sual ve cevablar: Bu ta'rîf üzerine dört sûretle itiraz vârid olmakla cevaba muhtaçtır.

1. Sual: Ta'rîfte mal lafzı mezkûr olup, malın 126. maddedeki ta'rîfine göre lafz-ı mezkûr deyne şâmil olmayacağından, bu ta'rîften deynin medyûndan başkasına hibe olunmak yâni 848. maddede mezkûr olan temlîk hâric kalıp, binaenaleyh ta'rîf, efradını câmi' olmaz.

Cevab: Bu maddedeki mal, *Mecelle*'nin 631. maddesindeki mal gibi, hâlen mal ile me'âlen maldan e'amm ma'nâda müsta'meldir. Binaenaleyh, mârru'z-zikr 848. maddedeki temlîkin sıhhati, mevhûbün-lehe ol deyni kabz ile vâhib emrettiği takdirdedir ki bu emre binâen mezkûr deyn kabz edildiğinde kâbız, evvelen bi-hükmi'n-niyâbe vâhib tarafından kâbız olduktan sonra bi-hükmi'l-hibe nefsi için kâbız ve vakt-i kabzda ol deyn ayn olacağından, hâlen olan aynla me'âlen olan ayna ta'mîm

---

1 رجل قال لآخر انت فى حل مما اكلت من مالى او اخذت او اعطيت حل له الا كل ولا يحل له الاخذ والاعطاء لان اباحة الطعام المجهول جائز فان من قدم مائدة بين قوم حل لهم الاكل منها وتمليك المجهول باطل, خانيه فيما ذكر.

edildiğinde, ta'rîf-i mezkûr yine tam yâni, mezkûr temlîkü'd-deyn ta'rîfte dâhil olur. *(Dürer ve şerhuhu)*

Hulasa bu takdirde hibenin tamâmiyyeti kabzdan sonradır ki, ol zemân mevhûb mal ve ayn olur.

2. Sual: Mal ta'bîriyle tâ'âtın hibesi hâric kalır. Halbuki tâ'âtin hibesi, ınde Ehli's-Sünnet sahihdir. *(Kuhistânî)*[2]

Cevab: Mu'arref olan hibeden maksûd, muâmelâttan olan ve ta'bîr-i diğerle mevhûbün-lehin ona mâlik ve vâhib için hakk-ı rücû' sâbit olması gibi ahkâm-ı dünyevîye ta'alluk eden hibe olup, hibetü't-tâ'ât bu kabîlden hibe olmamakla ta'rîften hâric olduğu gibi mu'arreften dahi hâricdir.

3. Sual: Bilâ-ivaz denilmekle 855. maddede mevzubahs olan hibe, bi-şartı'l-ivaz ta'rîf-i mezkûrden hâric kaldığı cihetle, ta'rîf-i mezkûr efrâdını câmi' olmaz. Binâenaleyh hibe, bi-şartı'l-ivaz ile aksen ta'rîf müntekız olur. *(Feth)* Zîra bilâ ivaz kavli, ivazın adem-i iştirâtında nass olup, hibe bi-şartı'l-ivaz ise bunun nakîzıdır.

Cevab: Bilâ-ivaz demek, bilâ şart-ı ivaz demek olup, ol vechile bunda hazf-i muzâf vardır. Yoksa "***bilâ-ivaz***", "***bi-şartı ademi'l-ivaz***" temlîk demek değildir. Gerçi ma'nâ-yı sâni yâni "***bi-şartı ademi'l-ivaz hibe***" bi-şartı'l-ivaza münâfî ise de, ma'nâ-yı evvel yâni "***bilâ şartı'l-ivaz***" şuna münafi değildir. *(Dürer)* Bunun tafsili şudur:

Ulûm-ı akliyyede takarrur ettiği üzre mâhiyyet üç nev'dir.

Birincisi: "***Mahiyet bi-şartı şey***" ki burada "***bi-şartı'l-ivaz***" diye tefsir olunur. Bey' bu nev' mahiyettendir.

İkincisi: "***Mâhiyet lâ bi-şart-ı şey***" ki, burada "***adem-i şartı'l-ivaz***" diye tefsir olunur. Atîde îzâh olunacağı üzre hibe, bu nev' mâhiyettendir.

Üçüncüsü: "***Mâhiyet bi-şart-ı lâ şey***" ki, burada "***bi-şart-ı ademi'l-ivaz***" diye tefsir olunur. Ariyet bu nev' mâhiyettendir.

İmdi buradaki "***bilâ-ivaz***" ikinci manda yâni "***mâhiyet lâ bi-şart-ı şey***" ma'nâsına olup, yoksa "***mâhiyet bi-şart-ı lâ şey***" ma'nâsına olmamakla, "***hibe bi-şartı'l-ivaz***" dahi şu ta'rîfte dâhil olur. Yâni, "***mâhiyet bi-şart-ı lâ şey***", "***hibe bi-şartı'l-ivaz***"a münâfi ise de, "***mâhiyet lâ bi-şart-ı şey***", "***hibe bi-şartı'l-ivaz***"a mübâyin olmayıp, belki e'amm-ı mutlaktır. Çünkü ulûm-ı akliyyede takarrur etmiştir ki, "***bilâ şart-ı şey***" mâhiyyeti, "***bi-şart-ı şey***" ile "***bi-şart-ı lâ şey***" mâhiyyetlerinden e'amdır. *(Fethu'l-Kadîr).*

Her ne kadar Hamevî gibi bazı fukahâ; "***bilâ ivaz***" kavli, adem-i iştirat-ı ivazda nass olduğu cihetle, bunun nakîzı bulunan "***hibe bi-şartı'l-ivaz, bilâ ivaz mâhiyeti ile ictimâ' edemez.***" diyerek bu cevaba itiraz eylemişler ise de, itiraz-ı mezkûr mes'ele-

---

2 رجل تصدق على الميت او دعا له فانه يصل الثواب الى الميت اذا جعل ثواب عمله لغيره من المؤمنين جاز, هنديه فى الباب الثانى عشر فى الصدقة.

nin lâyıkıyla adem-i tedkīkinden neş'et eylemiştir. Ve dediği gibi "***bilâ-ivaz***" ta'bîri, adem-i iştirat-ı ivazda nass olmayıp, iştiratu'l-ivaza dahi âmm bulunmuştur. Çünkü "***el-meşrût bi'ş-şey***" ile, "***ella meşrût bi'ş-şey***" arasında her ne kadar bi-hasebi'l-mefhum tenâfî var ise de, bi-hasebi's-sıdk tebâyün olmamakla bu iki lafzın mâ-sadakları vâhid olabilir. "***El-insânü'l-meşrût bi'n-nutk***" ile, "***el-hayvanü'l-gayrü'l-meşrût bi'n-nutk***" gibi.

Evet, "***el-meşrût bi'ş-şey***" ile "***el-meşrût bi-adem-i zâlike'ş-şey***" arasında tenâfî vardır. *(Feth ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

Lâkin bundan sonra diğer bir i'tirâza meydan açılır. Şöyle ki ta'rîf-i hibede vâki' bilâ-ivaz kaydı bu vechile "***mâhiyet lâ bi-şart-ı şey***" ma'nâsına olunca, ta'rîfü'l-hibe, bey'a sâdık olur. Bu halde ta'rîf-i mezkûr ağyârını mâni' olmamak cihetiyle müntekız olacağından, mahzur mündefi' olmayıp, belki müştedd ve bu halde ta'rîfü'l-hibe tarden müntekız olmuş olur. *(Fethu'l-kadîr)*

Müşârun-ileyhin mezkûr itirazı, sahib-i *Dürer*'in cevâbına vârid değildir. Çünkü cevâb-ı mezkûrün hulâsası şudur ki, hibede ivaz bulunmak emr-i lâzım olmayıp, ivaz bulunsa da câizdir. "***Hibe bi-şartı'l-ivaz***"da olduğu gibi. Bulunmasa da câizdir. Bilâ ivaz hibede olduğu gibi. Amma bey'de ivaz bulunmak emr-i lâzım olmayıp, bilâ ivaz yâni nefy-i ivaz ile bey' asla sahîh olmaz. İbnü'l-Hümâm, ber-vech-i bâlâ itiraz ettikden sonra asıl suale şu vechile cevâb vermiştir: "***Ta'rîfü'l-hibe***" deki "***bilâ-ivaz***" kaydından maksûd, "***bilâ iktisâb ivaz***" demek olup, bu halde hibenin ta'rîfi şöyle olur. "***Bi-şart-ı adem-i iktisâbi'l-ivaz***" bir malı âhara temlîk etmektir"

İmdi, hibe-bi-şartı'l-ivazda her ne kadar ivaz mevcûd ise de, ol hibe, bi-şartı'l-iktisâb değildir. Görülmez mi ki fukahâ bey'i, "***malı mal ile bi-tarîkı'l-iktisâb mübâdeledir.***" diye ta'rîf ederek, "***bi-tarîkı'l-iktisâb***" kaydıyla, "***hibe bi-şartı'l-ivaz***" ta'rîften ihrâc edildiğini beyân eylemişlerdir. İntehâ.

Fakat iktisâb, kesbetmek ve kazânmak demek olduğuna ve "***hibe bi-şartı'l-ivaz***"-da, vâhib ivazı ve mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu kazânmış bulunduğuna göre, bu cevâbın def'-i itirazda ne fâidesi olur?

Cevâb-ı sâni: *Mecelle*'nin bu ta'rîfi, mezheb-i mütekaddimîne mebnî olup, bunlar: Ta'rîf bi'l-eammı ve ta'rîf bi'l-ehassı tecvîz ederler. *(Tahtâvî).*

Diğer cevâblar: *Molla Miskin* ve *Şürünbülâlî*, şu sual-i sâlise başka başka cevâblar vermişler ise de, hiçbirisi def'-i sualde kâfî ve zâhir değildir. Cevâbların en makbûlü, sahib-i *Dürer* tarafından verilen bâlâdaki cevâbtır.

4. Sual: Vasıyyet şu ta'rîfte dâhil olur. Şöyle ki, bir kimse "Ben fevt olduğumda şu sa'atim Zeyd'e verilsin." dediğinde, ol kimse fevt olduğunda sülüs-i malı müsâid olunca, Zeyd ol sa'ate meccânen mâlik olur. Binâenaleyh, İbni Kemal ta'rîf-i hibeye "fi'l-hal" kaydını ilâve ederek, hibe, bilâ-ivaz bir malı fi'l-hâl temlîk etmektir

diye ta'rîf edip, "fi'l-hâl" kaydıyla, mâ-ba'de mevtihi muzâfen temlîk olan mezkûr vasıyyeti ta'rîften ihrâc eylemiştir. İmdi *Mecelle*'nin ta'rîfinde bu kayd mezkûr olmamakla, ta'rîf-i hibede vasıyyet-i mezkûre dâhil olmuş ve ta'rîf, ağyârını mâni' olmamış olur.

Cevâb: Ta'rîfte vâki' temlîk lafzından, fi'l-hâl temlîk tebâdür eder. *(Kuhistânî)*. Vasıyyet ise fi'l-hâl temlîk olmayıp, ma ba'de mevtihi muzaf olarak temlîktir. *(Feth)*

834. MADDE

[**Hediyye**] ha'nın fethi ve dal'ın kesri ve ya'nın teşdîdi ile [**bir kimseye ikrâmen götürülen veya gönderilen**] yâni hibe edilen [**maldır.**] Cem'i hedâyâ gelir.

İkrâmen kaydıyla rüşvet hâric kalır. Zîra rüşvet, ikrâmen gönderilmeyip bi-şartı'l-iâne i'tâ olunur. İşte bu, min haysü'l-mâhiyye farktır. Bir de rüşvet ile hediye arasında min haysü'l-hükm dahi fark vardır. Şöyle ki mühdâ-leh, kabzıyla hediyeye mâlik olduğu hâlde, mürteşî rüşvete mâlik olmaz. Bu sûretde hediye ile rüşvet beyninde iki türlü fark hâsıl olur.

Meselâ mühdâ-leh hediyyeyi istihlâk etse, zâmin olmaz. Amma mürteşi rüşveti istihlâk etse zâmin olur. Ve mevcûd ise aynen redd etmesi lâzım gelir. Şöyle ki, bir kimse bir işten dolayı bir şahıstan rüşvet alıp, ol işi gördükten sonra dahi şahs-ı merkūm mezkûr rüşveti mürteşîden ahz ve istirdâd edebilir. Hatta rüşvete mukābil ivaz i'tâ edilmek dahi hakk-ı istirdâdı iskāt edemez.

Nitekim bir kimse, filan maslahatını görmek üzre birini ondaki alacağından ibrâ etse, ibrâ-i mezkûr rüşvet olmakla, sahîh olmadığı gibi, müteâşıkân yekdiğerine bazı eşya i'tâ etseler rüşvet olarak, mülk sâbit olmayacağından dâfi'in hakk-ı istirdâdı vardır. *(Kunye)*. Zâhir ve siyâka enseb olan, hediyyenin ber-vech-i âtî ta'rîfidir. "Bir kimseye ikrâmen hibe olunan maldır." *(Kuhistânî)*

835. MADDE

[**Sadaka, sevab**] ve rızâ-yı bârî [**için hibe olunan maldır**] ki fakîre verilir. Şu ta'rîften anlaşılır ki, sadaka hibeden ehass-ı mutlaktır.

Bu cihetle, yâni sadaka sevab için olmakla ganîye hibe, sadaka lafzıyla vukû' bulsa da hibe olduğu gibi fakîre sadaka, hibe lafzıyla i'tâ kılınsa dahi sadaka bulunmuştur. *(Haniyye ve Kuhistânî ve Ankaravî)*.

İnsanlar, servete nazaran üçe münkasem olup; ganî ve fakîr ve miskindir.

Ganî, şer'an havâic-i asliyyesinden fazla olarak miktar-ı nisaba yâni lâ-ekall iki yüz dirhem gümüşe veya bu kıymette diğer mala mâlik olan kimsedir ki buna zekât verilemez. Gınâ, bir had tahtında bulunmayıp havâic-i asliyyesinden fazla iki yüz dirhem gümüşe veya bedeline mâlik olan ganî olduğu gibi, milyonlar ile derâhim ve denânîre mâlik olanlar dahi ganîdirler.

Fakîr dahi havâic-i asliyyesinden fazla iki yüz dirhem gümüşe veya bu miktar kıymette diğer mala mâlik olmayan kimsedir. İki yüz dirhemden ekalle mâlik olsa dahi yine fakîrdir. Miskin dahi hiçbir nesnesi bulunmayan kimsedir ki cümlesinden hâlen esve' olur.

836. MADDE

[**İbâha**] lugaten tahyîrden ibârettir. Filan kimse filan adama malını mübâh kıldı, deniliyor ki ahz ve terke izin verdi ve ahz ve terk cihetlerinde muhtar kıldı, demektir. Şer'an met'ûmâttan yâni me'kûlât veya meşrû'bâttan [**bir şeyi bilâ-ivaz ekl ve tenâvül etmek üzre âhara izin ve ruhsat vermektir.**]

Ekl, me'kûlâta mahsus bir ta'bîr iken, tenâvül me'kûlât ve meşrû'bâta âmm olmakla tenâvülün ona atfı, âmmı hâssa atıf kabîlindendir ki câizdir.

1226. maddeden müstefâd olduğuna göre, ibâha me'kûlâta mahsus değildir.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HİBE

BÂB-I EVVEL

[Akd-i hibeye müte'allik mesa'il beyânında olup iki faslı şâmildir.]

Hibede dört şey aranır:

Birincisi: Sebebdir ki, o da vâhibin hayrı kasd etmesidir. Bu hayr, ya sevab-ı dünyevî [1] olur. İvaz ve senâ ve mevhûbün-lehin şerrinin def'i gibi. *(Tahtâvî)* Yahut sevab-ı uhrevî olur, na'îm-i muhâlled gibi. *(Kuhistânî).* Eğer niyyeti hüsn ise.

İmdi hibe mendûbe olup fakat kabûlü sünnettir. Meğer ki hibe edildiği mal haram olduğu yahut hibe etmiş olmasından dolayı sonra minnet edeceği ma'lûm ola. *(Tahtâvî)*

İkincisi: Hibenin şartıdır ki bu bâbın fasl-ı sânisinde beyân olunur.

Üçüncüsü: Hibenin hükmüdür ki, o da gayr-i lâzım olarak mevhûbün-lehe mülkün sübûtudur. İmdi mevhûbün-lehe sübût-ı mülk, gayr-i lâzım olmakla, rücû' ani'l-hibe ve fesh-i hibe sahîh olup, onda hıyâr-ı şart câiz ve hibe şurût-ı fâside ile bâtıl olmaz.

Dördüncüsü: Hibenin rüknüdür ki âtî'z-zikr fasl-ı evvelde beyân olunur. *(Ebussuud)*

FASL-I EVVEL

[**Rükn ve kabz-ı hibeye dâir mesâil beyânındadır.**]

Bu faslın mütâla'asından anlaşılacağı üzre fasl-ı mezkûrde rükn-i hibeden başka şeylerden dahi bahs olunduğu cihetle, ünvân mu'anvenden ehasstır.

---

1 Dünyevî dal'in zammıyla da, kesriyle de okunur. Dünya'nın zammıyla da kesriyle de okunduğu gibi. (*Tahtâvî*)

837. MADDE

[**Hibe**] ve hediye ve sadaka [**îcâb ve kabûl ile mün'akid ve**] mevhûbu ve hediyyeyi ve sadakayı [**kabz**]-ı kâmil, yâni mevhûbün-lehin veya nâibinin kabz etmesi [**ile tamâm**] yâni mülkiyeti müfîd [**olur.**] Şu hâlde hibe ve sadaka ve hediyenin rüknü îcâb ve kabûlden ibârettir. Bey' ve icâre gibi ukūd-ı sâirenin rüknü îcâb ve kabûlden ibâret olduğu gibi. (149. ve 433. maddelere bak.)

Hibenin rüknü îcâb ve kabûl oldu. Zîra hibe akd olup, kıyam-ı akd ise îcâb ve kabûl iledir. Çünkü insanın mülkü onun tarafından îcâb ve temlîk olmaksızın gayra intikāl eylemeyeceği gibi îcâb-ı hibe, gayr üzerine mülkü ilzâm olup, bi-dûni'l-kabûl ise ilzâm olamaz. *(Kifâye ve Kuhistanî)* Ve mülzemün-bihin sırf fâideli şey olmasıyla kabūl şart değildir, denilemez. Ve 167. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre hiçbir kimse diğerin rızâsı olmadıkça ol diğere mülk isbât edemez.

Rükn-i hibede ihtilâf-ı fukahâ ve tarafeynin delilleri:

Hibenin rüknü, ***Sahibü'l-Muhît*** gibi bazı fukahâya göre, hakk-ı vâhibde yalnız îcâbdan ibârettir. Kabûl rükn-i hibe değildir; her ne kadar hakk-ı mevhûbün-lehde rükn-i hibe îcâb ve kabûlden ibâret ise de.

Bu cihetle bir kimse "Filan kimesneye hibe etmem." diye yemin ettikten sonra, ol kimse o kimesneye bir malını hibe yâni îcâb edip de mevhûbün-leh kabûl etmese bile ol kimse, hânis olur. *(Nihaye)* Ve "Filana hibe edeyim." diye yemin edip de, hibeyi ona îcâb ettiği hâlde, o filan kabûl etmese hânis olmaz. *(İnâye)*

İmdi mücerred îcâb, rükn olmayıp da kabûl dahi rükn olsa idi, evvelki sûretde mevhûbün-leh îcâbı kabûl etmediği cihetle hibe mün'akid olmamak ve binâenaleyh vâhib hânis bulunmamak lâzım gelir idi. Nitekim bey'de hânis olmayacağı gibi. Şöyle ki bir kimse "Ben filan kimesneye mal satmam." diye yemin ettiği hâlde, bir malını o kimesneye îcâb edip fakat o kimesne kabûl etmese, ol kimse hânis olmaz. *(Nihaye)* Bu sûretde hibe, ikrâr ve vasıyyet menzilinde olur. *(İnâye)* Hatta Kuhistanî, lealle hak olan kabûlün rükün olması kavlî olduğunu beyân ile bir kimse "Alanın mülkü olmak üzre yolda bir malı vaz' etse." câiz olduğunu söylemiştir. İbnü'l-Hümâm dahi hibede kabûl, kıyasen rükn ise de istihsânen rükün değildir, demiştir.

Tesyîbü'd-dâbbe:

Yine bu cihetle bir kimsenin hayvanı sakatlandığı ve işe yaramadığı cihetle sahibi onu tesyîb, yâni başıboş salıvermekle, diğer bir şahıs onu alıp ıslah ettikten sonra, sahibi onu

taleb etse nazar olunur. Sahibi onu tesyîb ederken "Kim isterse alsın!" demiş ise, ol hayvan şahs-ı merkūmun mülkü olur.[2]

Hayvan sahibi onu söylerken, şahs-ı merkūm gerek gāib olup bu kelâmın söylendiğini bir adam şahs-ı merkūma haber versin ve gerek hazır olup mezkûr kelâmı bizzat istimâ' etsin. Amma böyle dememiş ise "Ben artık bunu istemem." demiş olsa bile ol hayvan sahibinindir. Nitekim bir kimse, rubasını sokağa atsa; atarken "Kim ister ise alsın." dememiş ise kimesne tarafından alınması câiz olmaz. *(Haniyye)*

"Kim ister ise alsın." sözünün söylendiğini sahibinin ikrârı yahut alıp ıslah eden şahsın ikāme-i beyyine etmesi ile sâbit olacağı gibi, lede'l-istihlâf sahib-i hayvanın yeminden nükûliyle dahi tahakkuk eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)* ***Sahibü'l-Kâfî ve'l-Kifâye*** gibi diğer bazı fukahâya göre, hibenin rüknü, bey' ve icârenin rüknü gibi, îcâb ve kabûlün mecmû'u olup yoksa rükün yalnız îcâb değildir.[3]

Amma "Hibe etmem." diye yemin ettikten sonra yalnız hibeyi îcâb ile hânis olmasının sebebi şudur. Yemin eden kimse kendi nefsini, vüs'undan olan şeyden, yâni îcâbdan men' ettiğine mebnî olup yoksa kabûl onun vüs'unda değildir *(Kifâye)*. Fakat bey'de, "Satmam." diye yeminden sonra îcâb ile hânis olmaz. Hâlbuki bir mütâla'aya göre, orada dahi hânis olması lâzım gelir.[4] Binâenaleyh bu mes'elede îcâb-ı hibe ile îcâb-ı bey' arasında fark bulunmalıdır.

Mecelle'de kabûl olunan kavil: *Mecelle*'de îcâb ve kabûl ile mün'akid olur, denilmesinden müstefâd olur ki *Mecelle* hem îcâb hem de kabûlün rükn-i hibe olmasını kabûl eylemiştir. Hibenin in'ıkādı îcâb ve kabûl ile olmasına bazı mesa'il tefrî' olunur.

1. Mes'ele: Va'd-i hibe ile, hibe mün'akid olmaz. Şöyle ki; bir kimse diğer kimesneye "Zimmetinde alacağım olan şu kadar akçeyi sana hibe edeyim." diye va'd eyleyip lâkin hibe eylemese, ol kimse va'dine binâen hibeye icbar edilemeyip, va'd-i mezkûrün asla hükmü yoktur. *(Behce ve Ali Efendi).*

2. Mes'ele: Vâhib "Bu malı dün sana hibe ettiğim hâlde kabûl etmemiştin." deyip de, mevhûbün-leh kabûl ettiğini isbât edemediği hâlde söz vâhibindir. *(Hindiyye)* Zîra vâhib, hibeyi münkir ve mevhûbün-leh hibeyi müdde'îdir. (76. maddeye bak.)

Hibedeki kabz hakkında îzâhat:

---

2 لان الموهوب له وان كان مجهولا فعند القبض يصير معلوما, خانيه فى اول الهبة.

3 لان الهبة عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لاينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لايكون بدون قبوله, فتح

4 لان المقدور له فى كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث فى صورة البيع كما صرحوا به, فتح.

Hibenin hükmü bulunan mevhûbda, mülk-i mevhûbün-lehin sübûtu, yâni hibe üzerine hükmün terettüb eylemesi kabz-ı mevhûba tevakkuf edeceği cihetle, kable'l-kabz hibenin hükmü olmayıp, mâl-i mevhûb kemâ-kân vâhibin mülkü olarak kalır. Ta'bîr-i diğerle sıhhat-i hibede kabz şart değil ise de, sübût-ı mülkde kabz şarttır. *(Hidâye ve Cevahirü'l-fıkh ve Ebussuûdü'l-Mısrî)* Hibede kabz, rükn-i akd olmayıp, belki rükünden hâric ve sübût-ı mülkün şartıdır. *(Feth)*

Kable'l-kabz hibenin hükmü olmaması mutlaktır. Yâni mevhûbün-leh gerek ecnebî olsun, gerek zî-rahm mahrem olsun...

Hibenin tamâmiyyeti kabz-ı kâmile mevkuf olunca mücerred hibe ikrâr edilmesiyle, kabz ikrâr edilmiş olmaz. Şöyle ki bir kimse, "Şu malımı filan kimesneye hibe etmişidim." dediğinde, bu ikrâr ile kavl-i esahha göre vâhib, mâl-i mevhûbu mevhûbun-lehin kabz eylemiş olduğunu ikrâr eylemiş addolunmaz. *(Ankaravî ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-hadi aşara)* Amma hibe ile beraber kabz dahi ikrâr edildiğinde kabz olunduğu sâbit olur.

Bu cihetle, bir kimse diğer kimesne yedindeki mal için "O malı sen bana hibe ve teslîm eyledin, hatta hibe ve teslîm ve kabzı ikrâr dahi ettin." diye da'vâ ve o kimesne inkâr etmekle, ikāme ettiği şahitler, vâhibin hibe ve kabzı ikrâr eylediğine şahâdet etseler kabûl olunur ki, rehin ve sadakada dahi küküm böyledir. *(Tatarhaniyye)*

Kabza mevkūf olan ukūd:

Tamâmiyyeti kabza mevkūf olan ukūd on üçtür. 1-Hibe, 2-Sadaka, 3-Rehin, 4-Vakf alâ kavlin, 5-Umrâ, 6-Nuhle, 7-Sulh, (bazı aksamı) 8-Re's-i mâl-i selem, 9-Re's-i mâl-i selemin bazısı züyûf çıktıkda bedelinin ol mecliste kabzı, 10-Sarf, 11-Keylî, hılaf-ı cins-i keyli ile bey' edildiğinde bedelinin ol mecliste kabzı, 12-Veznî, hılaf-ı cins veznî ile bey' edildiğinde bedelinin ber-vech-i muharrer kabzı. *(Tahtâvî)* 13-Bey'-i fâsid. (371. maddeye bak.)

Hibede lüzûm-ı kabzın edillesi:

Bey', kable'l-kabz mülkü ifade ederken, hibenin kable'l-kabz hükmü olmaması iki vechile isbât olunur.

Vech-i evvel: "***La yecûzü'l-hibe illa makbûzaten***" hadis-i şerîfidir ki bundan maksûd nefy-i mülktür. *(Ebussuud)*[5]

Vech-i sâni: Hibe teberru' olup 57. maddede zikrolunduğu üzre teberru' ise ancak kabz ile tamâm olur. Çünkü hibede kable'l-kabz mülkü isbât etmek, müteberri'in teberru' etmemiş olduğu şeye yâni teslîme müteberri'i icbar eylemek îcâb eder ki bu da sahîh de-

---

5 ای لایثبت حکم الهبة وهو الملك اذا الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق, هدایه.

ğildir. Yâni müteberri'in teberru' etmediği şeyi, müteberri' üzerine îcâb etmek mevzû'ı teberru'âta muhâliftir. *(Feth)*

Hulâsa, mücerred akd-i hibe ile mevhûbda mülk sâbit olsa idi, vâhib, teslîm-i mevhûb ile mutâleb olur ve bundan ise müteberri' üzerine teberru' eylemediği teslîmin vücûbu lâzım gelir idi. Bu ikinci delil üzerine üç sûretle îrâd-ı sual edilmiştir.

1. Sual: Vâhib vakta ki hibe etti; teslîmi dahi iltizâm eylediği cihetle vâki' olan iltizâmına mebnî teslîm eylemesi lâzım gelmeli. Nitekim bir kimseye nefl lâzım gelmediği hâlde nefle şurû' eylese, ikmal eylemesi lâzım geleceği gibi.

Cevâb: Mâlikin aynda iki mülkü vardır. Biri mülk-i mal ve diğeri mülk-i yeddir. Mülk-i yed dahi mülk-i mal gibi maksûd olarak gasb ile mal-i mazmûn olduğu gibi, kezâlik gasb ile yed dahi mazmûn olur. *Mecelle*'nin 1637. maddesinde vedî'a veya müste'âr veya me'cûr .....ilâ âhirihi mes'elesi buna, yâni mülk-i yedin mazmûn olduğuna delâlet eder ki, mülk-i yedin zamânı redd ve iâ'de ile olur. Nitekim lukata mebâhisinde zikrolunduğu üzre lukata, yed-i mültekıttan ahz edilse mültekıtın istirdâda hakkı vardır. Bu da mücerred yedin mazmûn olduğuna mebnîdir. İmdi vakta ki bu iki mülkün ikisi de maksûd bi-nefsihi oldu. Vâhibin bunlardan birisini iltizâm eylemesinden diğerini dahi iltizâm eylemesi lâzım gelmez. *(Kifâye ve Hidâye bi ziyâdetin)*

2. Sual: Hibede îcâb ve kabûl vâhib üzerine teslîmü'l-mevhûbu îcâb etmeyecek sûrette kable'l-kabz mülkü ifâde ettiğinde, teslîme icbâr lâzım gelmez.

Cevâb: Bu vechile sâbit olan mülkün hiçbir fâidesi olamaz. Zîra mülkün fâidesi mâlikin onda, 1192. madde vechile, keyfe-mâ-yeşâ tasarruf edebilmesi olup, bu tasarruf ise ancak kabza hak bulunduğu sûrette olur. *(Kifâye)* Meselâ mevhûbün-leh bu malı âhara satsa, bâyi'den alarak müşteriye teslîm etmeğe muktedir olamaz.

3. Sual: Vasıyyet dahi teberru ve hibe ba'de'l-mevt iken, kable'l-kabz tamâm ve ba'de mevti'l-mûsî, vârisin teslîmine gayr-i mevkūf olmakla, buna kıyâsen hibe dahi kable'l-kabz tamâm olmak lâzım gelir. Ve belki, vasıyyet mevte mu'allak hibe iken mebhasimiz olan hibe, hibe-i mürsele olup, hibe-i mürsele hibe-i mu'allakadan akvâ olmakla hibe-i mu'allaka bilâ-kabz tamâm olunca hibe-i mürselenin dahi bilâ kabz tamâm olması bi-tarikı'l-evleviyye olmalıdır.

Cevab: Vasıyyet mâ ba'd-i mevte muzâf olarak temlîk olup, mûsînin vefatında mûsâ-bihte olan mülkü zâil olmakla hibede olduğu gibi bunda müteberri' üzerine teberru' etmediği şeyi ilzâm lâzım gelmez. Ve hatta müteberri'de ehliyyet-i lüzûm kalmamıştır. Hakk-ı vâris ise vasıyetten müte'ahhirdir. Binâenaleyh vâris mûsâ-bihe mâlik değildir ki hatta teslîm etmesine tevakkuf ede. *(Hidâye ve Kifâye ve İnâye)* (57. madde şerhine bak.)

Kable'l-kabz hibenin hükmü olmamasına âtî'z-zikr mesâil teferru' eder.

1. Mes'ele: Bir kimse şu kadar eşyasını diğer kimesneye hibe edip fakat teslîm etmeden ol kimse eşya-yı mezbûreyi bir şahsa îdâ' ve teslîm ettikten sonra, şahs-ı merkūm bilâ-i-zini'l-vâhib ol eşyayı hibe-i mezkûreye binâen o kimesneye teslîm ve o kimesne dahi onu istihlâk eylese, ol kimse eşya-i mezkûreyi dilerse o şahsa ve dilerse o kimesneye tazmîn ettirir. (910. maddeye bak.) *(Netice)*

2. Mes'ele: Bir kimse, oğluna filan malı vermesini, şerîkine emrettiği hâlde, şerîki i'tâ-dan imtinâ' ettiğinde, şu emir ala tarîkı'l-hibe i'tâya dâir olmayıp belki bi-tarîkı'l-vekâle yâni ol kimse mezkûr malı şerîkinden ahz ve kabz eylemesi için oğlunu tevkîl tarîkıyla ve şerîk-i merkūm mal ve vekâleti mukırr olunca, ibni merkūm ol şerîk ile bi'l-muhâ-sama mezkûr malın kendisine teslîmini taleb ve da'vâ edebilir ise de, emr-i mezkûr ala tarîkı'l-hibe i'tâsına dâir olunca kabz bulunmamakla hibe-i mezkûre tam bulunmadığı cihetle, mezkûr malın kendisine teslîmini ibni merkūm taleb ve da'vâ edemez. *(Bahr ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara)*

3. Mes'ele: Bir kimse fakîr için bir şey ayırıp götürmekle, fakîri meskeninde bulamasa, ol kimse ol şeyi dilerse başka fakîre i'tâ ve dilerse umûruna sarfla istihlâk eder. *(Vecîz)*

4. Mes'ele: 849. madde hükmünce kable'l-kabz vâhib yahut mevhûbün-leh fevt olsa, hibe bâtıl olur.

5. Mes'ele: Hibeye tevkîl, teslîm-i mevhûba dahi tevkîli müstelzim olur. Zîra kable'l-kabz hibe tamâm değildir. *(Hindiyye)* Binâenaleyh, vekîl-bi'l-hibe, hibeyi îcâb edeceği gibi ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl teslîmü'l-mevhûba dahi hakkı vardır. Müvekkil, "Yalnız hibeye vekîl ettim lâkin teslîm-i mevhûba vekîl etmemiş idim." demeye hakkı yoktur.

Taksîmü'l-kabz:

Şerhan, kabz-ı kâmil denildi. Kabz iki kısımdır. Kısm-ı evvel, kabz-ı kâmildir ki, kabz-ı kâmil her mevhûbu kendine münâsib sûrette kabzıyla hâsıl olur.

Şöyle ki; mevhûb mülk hane ise, anahtarını kabz, mezkûr haneyi kabzdır. Kısm-ı sâni, kabz-ı nâkıstır. Şöyle ki; kābil-i kısmet bulunan bir malın bazısını, hibe ve bi-dûni't-tak-sîm müşâ'an kabz gibi. Kabz-ı nâkıs tamâmiyyet-i hibede kâfî değildir. Binâenaleyh, kābil-i kısmet bulunan bir malın bazısı hibe olunduğunda, hisse-i mevhûbu bi'l-ifraz ve't-taksîm hisse-i mezkûrenin asâleten teslîm ve kabzı lâzım olup yoksa tebe'an, yâni hisse-i mevhûb ifraz edilmeksizin gayr-i mevhûb hisse ile birlikte olarak teslîm ve kabz ile hibe tamâm olmaz. Nitekim 858. madde şerhinde tafsîl olunur. Şu kabzın envâ'iyle şerâiti 841., 842. ve 843. maddelerde beyân olunmuştur.

Amma kābil-i kısmet olmayan bir malın bazısı hibe olunduğunda bi't-teba' kabz ile yâni o malın küllîsini kabz zımnında hâsıl olan kabz-ı mevhûb ile hibe tamâm olur. *(Dürer ve Tahtâvî)*

Kabz-ı kâmilin taksîmi:

Kabz-ı kâmil dahi iki nev'dir:

Nev'-i evvel: Kabz-ı hakīkīdir. Mevhûbun-leh mâl-i mevhûbu eline almak ve mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu bulunduğu yerden alıp götürmek gibi. *(Tahtâvî)*

Nev-i sâni: Kabz-ı hükmîdir. Kabz bi-tarîkı't-tahliye gibi. Şöyle ki meselâ bir kimse meclis-i hibede hazır ve mevcûd ve orada kabz edilmeğe sâlih bir malı diğer kimesneye hibe edip de o da kabz ettim yâni mâl-i mevhûbu meclis-i hibede kabz etmediği hâlde kabz eyledim demek gibi.

Kabz bi-tarîkı't-tahliyede ber-vech-i meşrûh, mevhûbun meclis-i hibede huzûru lâzımdır. Bu cihetle bir kimse bir malı gāib ettikden sonra bir şahsa hibe ve onu tâharri edip bulduğunda kabza taslît ettiğinde, İmam Ebu Yusuf rahımehü'lllahü Te'âlâ, hibenin fesâdına kāil olmuştur. Fakat İmam Züfer rahımehü'llahü Te'âlâ cevâzına zâhib olmuştur. *(Dürer ve şerhuhû)*

Bu nev-i sânî kabz ile dahi, İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre hibe-i sahîh tamâm olup, muhtar olan da budur. Amma İmam Ebu Yusuf'a göre hibe tamâm olmaz. *(Ankaravî ve Dürer ve Câmi"u'l-fikh ve Tahtâvî)* Lâkin şu ihtilâf, hibe-i sahîhada olup amma hibe-i fâsidede tahliye, kabz olmadığına ittifak vardır. *(Ankaravî)*

Tahliye ve ona müteferri' mesâil:

Tahliye; vâhib, mâl-i mevhûbu, mevhûbün-leh alabilecek hâle getirmesiyle kabza ruhsat vermekten ibârettir. *(Dürer ve Ankaravî)*

Bu cihetle bir kimse bir sandık derûnunda bulunan eşyayı, mezkûr sandık mugaffel bulunduğu hâlde hibe edip de sandığıyla birlikte teslîm ve mevhûbün-leh dahi ol vechile kabzetse, mevhûbun kabzı hâsıl olmaz. Zîra kabz, mevhûb ile intifâ' mümkün olduğu hâlde hâsıl olup hâlbuki eşya-i mezkûre sandıkta kilitli iken onlar ile intifâ' hâsıl olmaz. Amma sandık meftûh ise kabz hâsıl olur.

İkrâr bi'l-kabza gelince; vâhib şu malı hibe ve teslîm ve mevhûbün-leh dahi kabz ve kabûl ettiğini ikrâr ettikten sonra mevhûbün-leh kabz etmediğini ve ikrâr-ı mezkûründe kâzib olduğunu vâhib iddia etse, İmam Ebû Yusuf'a göre mevhûbün-leh, 1589. maddesine tevfikan, tahlîf olunur. Amma İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre tahlîf olunmaz. *(Ankaravî)*

838. MADDE

[**Hibede îcâb**] bu malı sana [**bağışladım ve hibe ettim ve ihdâ eyledim**] ve verdim ve sana temlîk ettim ve bu mal sana hibedir ve "în türa" [**gibi meccânen bir malı temlîk**] ve kabûl ve ittihab eyledim ve kabûl ettim gibi kabûl [**ma'nâsında müstamel olan**] ve mîzâh tarîkıyla olmayan [**sözlerdir.**] Temlîk lafzında hibeye karîne bulunursa sahîh olur; ve illa olmaz. Zîra bu lafız, bey' ve icâre ve vasıyyete dahi âmmdır. Yoksa akd-i hibe mücerred lafz-ı hibeye yâni hibe lafzının söylenmesine mahsus ve munhasır değildir.

Bu cins mesâilda kā'ide şudur: Mümellik, temlîk-i rakabeyi inbâ eden lafzı söyler ise hibe ve temlîk-i menfa'ati iş'âr eden kelâmı tekellüm ederse âriyet olacağı gibi, ikisine de muhtemel kelâmı ityân ederse, mütekellimin niyetine bakılır. Niyeti hibe ise akid dahi hibe olacağı gibi âriyet ise akd-i âriyet olur. (2. maddeye bak.)

Hibe kendisiyle mün'akid olan elfaz üç nev'dir:

Nev'-i evvel: Hibe kendisiyle vaz'an vâki' olan elfâzdır. "Şu şeyi sana hibe ettim." yahut "Sana meccânen temlîk eyledim." yahut "Senin için kıldım." yahut "Sana i'ta ettim." yahut "Sana nuhl[6] ettim." yahut "Bu şey senin içindir." yahut "în çîz turâ" yahut "în mâl türâ kerdem" yahut "be-nam-ı tû kerdem" yahut "ân tû kerdem" demek gibi.

Nev'-i sâni: Kendisiyle hibe kinâyeten ve örfen mün'akid olan elfâzdır. "Şu sevbi sana iksâ" yahut "Şu darı sana umrâ[7] ettim." demek gibi.

Nev'-i sâlis: Hem hibe hem de âriyete muhtemel olan elfâzdır. "Şu dâr sana rukbâdır."[8] yahut "Senin için habsdir." diyerek teslîm etmesi gibi. Bu lafız ınde't-tarafeyn âriyet ve ınde Ebî Yusuf hibedir. *(Hindiyye)* Bey' ve icâre ve rehin gibi ukūdda îcâb ve kabûl beyân olunduğu hâlde burada îcâb beyân olunduktan sonra kabûlün beyânından sükût edilmesi makâyeseten ma'lûm olacağına mebnîdir.

Bu cihetle, hibe lafzıyla hibe mün'akit olduğu gibi, nühl ve i'tâ lafzıyla dahi hibe mün'akid olur. *(Hidâye)*.

Yine bu cihetle Türkî lisanında "caba ettim" demek hibe ettim ma'nâsında müsta'mel olmakla, bir kimse medyûnuna "Zimmetinde olan deyni sana caba ettim." dese, ol deyni hibe etmiş olur.

---

6 Bi'z-zammı, şol atâya ve hibeye derler ki onda ivaz olmaya.

7 Bi'z-zamm ve fethi'r-ra. Bir kimse, bir malını diğer kimesneye "Ömrüm oldukça sana i'ta ettim. Vefat eder isen yine benim olsun." demektir.

8 Bi'z-zammı ve fethi'l-bâi. Muntazır olmak. Bir kimse diğer kimesneye "ben senden mukaddem fevt olur isem bu malım senin olsun, eğer sen mukaddem fevt olur isen bu mal yine benim olsun" diye bir mal vermektir. Biri diğerinin mevtini gözlediği için buna "rukbâ" denildi.

Yine bu cihetle bir kimse sağîr oğluna "în mal türa kerdem" yahut "be-nam-ı tu kerdem" yahut "ez an tu kerdem" dese hibe etmiş olur. *(Veciz ve Behce ve Dürer ve şerhuhu)*

Yine bu cihetle bir kimse diğer kimesneye "Şu mal senin olsun ister isen." deyip de teslîm etse, o da "İsterim." dese hibe olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Yine bu cihetle bir kimse mu'ayyen bir kavme hitâben "Şu malı birinize bağışladım, isteyen alsın." dese de içlerinden birisi o mecliste onu alsa, hibe mün'akid olur. *(Ebussuud)*

[**Ve**] yine bu cihetle [**zevcin zevcesine bir çift küpe yahut hulliyyattan diğer bir nesne verip de al takın**] "hibe ettim al takın ma'nâsınadır." Yahut bazı esvâb verip de "Al giyin." gibi yahut bir miktar para verip de "Yanımda giymek üzre elbiselik al." [**demesi gibi meccânen temlîke**] kat'î yâni başka bir akde muhtemel olmayacak sûrette [**delâlet eden ta'bîrler dahi hibeyi îcâbdır.**] (68. maddeye bak.) Binâenaleyh zevce dahi huliyyât veya elbise veya parayı kabz etse hibe tamâm olup, zevc yanında giymek üzre elbiselik almak için verdiği parayı, zevce elbiselik almayıp da kâra verse, zevc müdahâle edemez. *(Kunye)* (1192. maddeye bak.)

Ve yine bu cihetle zevce, zevcine "Bu malı sana verdim." deyip de o da kabûl ve kabz eylese hibe olur

Îzâhu'l-kuyud:

1- Gibi, bu ibâre delâlet eder ki, akd-i hibe yalnız hibe lafzına munhasır değildir. Nitekim îzâh olundu.

Kezâ bir kimse, "Şu bağı filan sağîr oğlumun ismine gars ediyorum." yahut "Şu bağı filan sağîr oğlum için kıldım." dese hibe olur. Lâkin "Şu bağı filan sağîr oğlumun ismine kıldım." dese, bunda emir mütereddid olmakla beraber vech-i evvele akrebdir. *(Velvâliciyye)*[9]

2- Meccânen temlîk, bu ibâreden müstefâd olur ki, meccânen temlîk ma'nâsında müsta'mel olmayan sözler ile hibe mün'akid olmaz.

Bu cihetle bir kimse diğer kimesneye "Şu malını bana hibe et." demesi üzerine o da "feda-yı tu bâd" yahut "Ez tu dirîğ nîst" dese hibe mün'akid olmaz. Nitekim iki kimse beyninde bir dâbbe müşterek olup da, müşteriklerden biri diğerine "men hisse-i hod ra be-tu erzanî dâştem" dese hibe olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)*

---

9 قال فى الهندية ابو الصغير غرس كرما او شجرا ثم قال جعلته لابنى فهو هبة وان قال جعلته باسم ابنى فكذلك هو الاظهر وعليه اكثر مشايخنا وان لم يرد الهبة يصدق ولو قال اغرسه باسم ابنى لايكون هبة فعليه الاعتماد, طحطاوى.

Yine bu cihetle bir kimse diğer kimesneye "Şu malını bana bağışla." demesiyle o da "Olsun." dese hibe mün'akid olmaz. *(Kuhistanî ve Ankaravî).*

3- Ma'nâsında ve **meccânen temlîke delâlet eden**, bu ibâreler delâlet eder ki, bir kimse diğer kimesneye bir şey vermekle hemen hibe etmiş olması lâzım gelmez.

Bu cihetle bir kimse sabî oğlunu sekiz on sene döşeğinde yatırmış olsa, mezkûr döşeği ona temlîk etmiş olmadıkça o döşek yine kendisinin olur. *(Hindiyye)*

Yine bu cihetle zevc, zevcesine ediverdiği esvâbı ba'de't-talak mihrine tutaydı verdim deyip, zevce-i mezbûre "Onu bana hibe eyledin." dese, şer'an zevc tasdîk olunur. *(Ebussuudü'l-ımâdî).*

Yine bu cihetle, bir kimsenin iştirâ eylediği mücevherâtı zevcesine def' ve teslîm ettikten sonra zevce-i mezbûre fevt olmakla, zevc "Âriyet olarak verdim, benimdir." ve veresetü'z-zevce "Hibe olarak verdin, mîrâstır." diye ihtilâf ettiklerinde, söz ma'a'l-yemin zevcindir. Yâni hibe olmak üzre vermeyip âriyet verdiğine yemin ettiğinde, zevc ol mücevherâtı ahz eder. Zîra zevc, hibeyi münkirdir. Söz ise ma'a'l-yemin münkirindir. (76. maddeye bak.) *(Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi')* Mâdde-i âtiye şerhine dahi mürâca'at oluna.

Yine bu cihetle, bir kimsenin nezdinde diğer kimesnenin derâhim veya denânîri bulunup da o kimesne ol kimseye, mezkûr derâhim veya denânîri havâyicine "Sarf et." demekle, o da sarf etse karz olur. Fakat hınta olup da "Ekl et." dese hibe olur. *(Haniye fi'l-bâbi'l-hibe).*

Yine bu cihetle, bir kimse oğluna "Şu arsada tasarruf et." dese de o da tasarrufta devam etse, hibe etmiş olmaz.

Yine bu cihetle bir kimse oğluna bir miktar para verip de, o da ticâret ederek o para tezâyüd etse de sonra peder vefat etse, eğer hibe tarîkıyla vermiş ise küllîsi oğulundur. Eğer pederi için ticâret etmek üzre vermiş ise cümlesi mîrâstır. *(Hindiyye)*

4- Sözlerdir. Bu ibâre "îcâb" lafzına göredir. Zîra *Mecelle*'nin 101. maddesi şerhinde îzâh olunduğu üzre, îcâb söz ile olana mahsustur. Yoksa akd-i hibe söze munhasır olmayıp te'âtî ile de mün'akid olacağı madde-i âtiyede mezkûrdür. Nitekim kabûl dahi fi'len olabileceği 841. maddede mezkûrdür.

Kezâ "sözdür" ibâresi nâtıka göre olup, yoksa dilsize göre işâret-i ma'hûde ile dahi hibe mün'akid olur. (70. maddeye bak.) Şöyle ki dilsiz, şu kadar eşyasını işâret-i ma'hudesiyle zevcesine hibe ve teslîm ettikten sonra nâdim olsa fâide vermez. Amma dilsiz olmayanın yâni nâtıkın işâreti ile hibe mün'akid olmaz. *(Behce ve Ebussuudü'l-ımâdî)*

5- Kat'î sûrette yâni başka akde .....ilâ âhirihi denildi. Zîra karz, hibeden ednâ olmakla, bir lafız ki hem karz hem de hibeye muhtemel ola, lafz-ı mezkûr ile vukû' bulan temlîk karza masruf olur. Zîra karz ekaldir. Şu sebeble ki karzda mukrızın mülkü bedel mukābilinde zâil iken, hibede bilâ-bedel zâil olur. *(Ankaravî)*

Bu cihetle, bir kimse diğer kimesneye, levâzımına harcan diye bir miktar para verse hibe olmayıp karzdır. Amma giyin diye elbise verse -elbisenin karzı, gayr-i sahîh olduğu cihetle- tashîhen li't-tasarruf şu lafız hibe olacağı gibi, bir kimse "Ekl et." diye diğer kimesneye hınta verse, karz olmayıp hibedir. *(Ankaravî)* Şu hâlde vâhib, mâl-i medfû' karz idi ve mevhûbün-leh hibe idi diye ihtilâf ettiklerinde söz ma'a'l-yemin dâfi'in yâni veren kimsenindir. *(Tenkīh)*

Yine bu cihetle, bir kadın zevcine "Masârif-i beyte sarf eyle." diye şu kadar kuruş verip, zevc dahi meblağ-ı mezbûru masârif-i beyte sarf ettikten sonra kadın fevt olup zevci ile verese-i sâiresini terk eylese, sâir verese meblağ-ı mezbûrdan hisselerini zevce tazmîn ettirebilirler. *(Ali Efendi)*[10]

Yine bu cihetle zevc, kable'z-zifâf zevcesine birtakım malları irsâl ettikten sonra müfârakat ettiklerinde, zevc onların âriyet olduğunu bi'l-iddia istirdâd etmek istese, söz temlîki inkâr eden zevcindir. (76. maddeye bak.) Ve ikisi de ikāme-i beyine ettiklerinde, yâni bir mes'elede hibe ile âriyet beyyinesi cem' olsa, hibe beyyinesi tercîh olunur. Bu takdirde zevce dahi mezkûr hediyelere ivaz vermiş ise, zevcin hediyeleri hibe olmayınca, zevcenin ivazı dahi nefsü'l-emrde ivaz olmayacağından, zevce dahi verdiği ivazı istirdâd edebilir. Fakat, zevcenin bu vechile hakk-ı istirdâdı olması vakt-i i'tâda ivaz olduğunu tasrîh ettiği takdirdedir. (868. maddeye ve şerhine bak.) Amma ol vechile tasrih etmeyip de yalnız ivaz olmasını niyet eder ise, ikinci madde şerhinde îzâh olunduğu üzre mücerred niyet üzerine muamelâttan olan ahkâm-ı şer'iyye terettüb etmeyeceğinden ivaz olmayıp hibe-i müstakılle olacağı cihetle 867. maddeye mebnî zevce onu istirdâd edemez. *(Tenkīh)*

6-Mîzâh tarîkıyla olmayan denildi. Zîra bir kimse mîzâh tarîkıyla diğer kimesneye "Şu malı bana hibe ettin mi?" demesi üzerine, o kimesne de "Hibe ettim." deyip ol kimse dahi kabûl ederek teslîm ve kabz bulunsa, hibe câiz olacağı bazı kütüb-i fıkhiyyede beyân olunmuş ve bundan istidlâlen bazı fukahâ, îcâb-ı hibe alâ vechi'l-mîzâh olsa dahi câiz olacağını beyân eylemişler ise de, diğer bazı fukahâ bi-tarîkı'l-mîzâh vukū' bulan îcâb ve kabûl ile hibe mün'akid olmayacağı ve mes'ele-i mezkûrede mîzâh taleb-i hibede olup yoksa hibe ve teslîmde bulunmadığı cihetle, bu mes'ele ile mîzâhan hibenin in'ıkādına istidlâle mahâl olmadığını beyân ey-

---

10 وفى الانقروى ما يخالفه حيث قال كانت تدفع لزوجها ورقا عند الحاجة الى النفقة او الى شئ آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها ان ترجع بذلك عليه انتهى ومثله فى الطحطاوى.

lemişlerdir. *(Hamevî ve Ebussuudü'l-Mısrî Tahtâvî)* Bey'de dahi ciddiyet şart olup, hezl ile bey' mün'akid olmayacağı 169. madde şerhinde beyân edilmiş idi.

839. MADDE

[**Te'âtî ile dahi**] yâni îcâb ve kabûl ile hibe mün'akid olduğu gibi, bi't-te'âtî yâni vâhibin i'tâsı ve mevhûbün-lehin kabzı ile dahi [**hibe**] hem [**mün'akid**] ve hem de tamâm [**olur.**] Yâni meccânen temlîke delâlet edecek karîne ile vukū' bulan te'âtî ile dahi hibe hem mün'akid hem de tamâm olur.

Bu sûretde kavlen olan îcâb ve kabûl ile te'âtî arasında hükmen dahi fark hâsıl olur. Şöyle ki kavlen olan îcâb ve kabûl ile hibe yalnız mün'akid iken, te'âtî ile hibe hem mün'akid hem de tamâm oluyor. İşte *Mecelle* bu hükmü ifâde için 841. maddeyi zikrediyor. Bu takdirde *Mecelle*'de burada "Mün'akid ve tamâm olur." dese idi 841. maddeye hâcet kalmaz idi.

Meselâ bir kimse fakîre para verip de o da alıp tarafeyn hiçbir şey söylemese, hibe-i husisiyye yâni sadaka mün'akid olur. *(Kuhistanî)*

Madde-i ânife şerhinde dahi îzâh olunduğu üzre te'âtî ile inıkād-ı hibe temlîke delâlet edecek karîne bulunmasıyla meşrûttur.

Bu cihetle bir kimse oğluna bir mal verip de oğlu o malda tasarruf etse, bu mal yine ol kimsenindir. Meğer ki ol kimse o malı oğluna temlîk ettiğine delâlet edecek karîne ve delil buluna.

Meselâ madde-i ânife şerhinde zikrolunduğu üzre bir kimse oğluna "Şu mülk arzda tasarruf et." demekle o da bir müddet onda tasarruf etse, ibn-i merkūm ona mâlik olmaz. Nitekim bir kimse kendi mülkü bulunan döşeğinde oğlunu yatırsa, ol döşek oğlunun olmaz. Meğer ki ol kimse onu oğluna temlîk ede. *(Hindiyye).*

840. MADDE

[**Hibede ve sadakada**] ve hediyyede bir taraftan [**irsâl ve**] diğer canibden [**kabz, lafzan îcâb ve kabûl**] ma'a'l-kabz [**makāmına kāim**] ve binâenaleyh bununla dahi hibe hem mün'akid ve hem de tamâm [**olur.**] ki, şu kabz, ati'z-zikr 841. maddede musarrah olduğu üzre bey'deki kabûl gibi olmakla hibe tamâm yâni mülkiyeti müfîd olur. Bu madde ile de te'âtî ile hibenin in'ıkādı beyân olunuyor ki, bundaki te'âtî vâhib tarafından i'tâ ve mevhûbün-leh cânibinden kabzdan ibârettir. Yoksa, "i'tâ mine'l-cânibeyn" ma'nâsına değildir.

İrsâl bir mecliste ve kabz diğer mecliste olacağından, meclis-i vâhidde vukū' bulan te'âtî-den iftirâk edeceği cihetle, bu madde madde-i ânife ile müstedrek olmaz. Yâni bu madde vechile olan hibe dahi te'âtî ile mün'akid ise de, madde-i sâlifeden farkı şudur: Madde-i mezkûre meclis-i vâhiddeki te'âtî hakkındadır. Amma bu maddede, irsâl bir mecliste ve kabz diğer mecliste oluyor. Şu hâlde hibede te'âtî iki nev'dir:

Nev'-i evvel: Meclis-i vâhidde teslîm ve kabzdır.

Nev'-i sâni: Bir mecliste irsâl, diğer mecliste kabzdır; her ne kadar şu irsâlde resûlün teslîmi ve mevhûbün-lehin kabzı yine bir mecliste ise de *Mecelle*'de "ve kabz" denilmesinin sebebi şudur ki 837. maddeden müstefâd olduğu üzre, kable'l-kabz hibe ve hediyye ve sadaka tamâm olmaz. Hatta bir kimse diğer kimesneye bir hediyye gönderip de, kable'l-vusûl o kimesne fevt olunca, hediyye-i merkūme o kimsenin mülkü olmak üzre kalacağı gibi, o kimse fevt olduğunda artık ol hediye o kimesneye verilemez. (849. maddeye bak.) *(Mecmû'u'l-fetâvâ)*

841. MADDE

[**Hibe**] ve hediye ve sadaka [**da kabz**] ı mevhûb [**bey'de**] ki [**kabûl**]-i îcâb [**gibidir.**] Yâni beyde bir taraftan îcâb vukū'undan sonra diğer taraftan ol îcâb kabûl olunduğunda bey' hem mün'akid ve hem de tamâm olduğu gibi, hibe ve hediye ve sadakada dahi vâhibin lafzan îcâbı üzerine mevhûbün-leh lakırdı söylemeksizin yâni meselâ "İttihab ettim." demeksizin meclis-i hibede mevhûbu kabz ediverse, hibe hem mün'akid ve hem de tamâm olur. Zîra mevhûbün-lehin meclis-i hibede kabzı kabûl-i hibeye delildir. *(Dürer).*

İmdi bu dakikaya yâni şu kabz ile hibe hem mün'akid hem de tamâm olduğuna işâret için *Mecelle*'de, hibede kabz kabûldür denilmeyip bey'a teşbih ile bey'de kabûl gibidir denilmiştir. Vech-i şibih dahi kabz ile hibenin tamâmiyyetidir. Müşebbeh, her hükümde müşebbehün-bih gibi olması lâzım gelmez. Binâenaleyh hibede ba'de'l-i îcâb kabz ba'zan meclis-i hibenin gayrisinde dahi vâki' olsa câiz olur. Hâlbuki bey'de "Meclis-i îcâbın hâricinde kabûl vâki' olmasıyla bey' sahîh olmaz." diye suâl vârid olmaz.

Bu maddenin hükmü yâni hibede kabz, bey'de kabûl gibi olması, îcâb-ı kavlîye mahsus olmayıp, te'âtîde dahi hüküm böyledir. Her ne kadar *Mecelle*, âtî'z-zikr misalinde îcâb-ı kavlî ile tasvir ediyor ise de, misal sûretinde zikredildiği cihetle, ona ihtisası anlaşılmaz. Binâenaleyh, 839. madde vechile bir kimse sâile kırk para teslîm edip o da kabzetse; şu kabz, beydeki kabûl gibi olacağı misillü, bir kimse 840. madde mûcibince, bağçesinin mahsulünden bir tabak yemişi, hâdîmi yediyle komşusuna irsâl edip de o da kabz etse, bu kabz dahi bey'deki kabûl gibi olur.

[**Binâenaleyh vâhibin îcâbı meselâ "Şu malı sana hibe ettim."**] veya "İhdâ eyledim." [**demesi üzerine, mevhûbün-leh "Kabûl eyledim." yahut "İttihâb eyledim." demeksizin meclis-i hibede ol malı kabz etse**] şu kabz fi'len kabûl olarak bununla [**hibe**] hem mün'akid ve hem de [**tamâm**] ve mevhûbün-leh ona mâlik [**olur.**] Zîra kabz tahakkuk eyledi. *(Zeylaî)*. Ve kabûl, sarâhaten olacağı gibi delâleten dahi olur. Mevhûbün-lehin kabz etmesi delâleten kabûldür. *(Redd-i muhtar)*.

Kabûl-i hibe iki türlüdür:

Bundan anlaşılır ki, kabûl-i hibe 839. maddede zikrolunduğu üzre ba'zan kavl ile olduğu gibi ba'zan dahi fi'l ile olur. Ve fi'l ile kabûl, kavlen kabûlden akvâdır. Şu cihetle ki, kabûl-i kavlî ile hibe mün'akid ve gayr-i tâmm iken, kabûl-i fi'lî ile hem mün'akid, hem de tâmm olur.

Diğer misal: Bir kimse bir cemâate "Şu malı birinize hibe ettim, isteyen alsın." dese de içlerinden birisi onu alsa ona mâlik olup, mevhûbün-lehin şu kabzı bu madde vechile fi'len kabûl olur.

Mecelle'nin bu misalinde "Meclis-i hibede kabz etse" ta'bîri ihtirazî midir? Şunun tafsîlatına ve ol bâbdaki ihtilâfın beyânına mübâderet olunur. İmdi vâhib hibeyi îcâb ettikden sonra kabz-ı mevhûb için üç ihtimal vardır.

İhtimal-i evvel, vâhibin, sarâhaten kabz-ı mevhûba izin vermesidir. Bu takdirde iki sûret vardır.

Sûret-i ûlâ, mevhûbün-leh, îcâb-ı vâhibi meclis-i îcâbda kavlen kabûl eylemesidir. Bu hâlde mâl-i mevhûb diğer mecliste dahi kabzedilebileceği 844. maddede mezkûrdür.

Sûret-i sâniye, mevhûbün-leh, îcâb-ı vâhibi meclis-i îcâbda kabûl etmeyip sükût etmesidir. Bu sûretde yâni meselâ vâhib "Şu malı sana hibe ettim al!" dediğinde, mevhûbün-leh kavlen kabûl ettim demeksizin ol mecliste kabzettiği takdirde hibe tamâm olacağına şüphe yoktur. Fakat mevhûbün-leh ol meclisde "Kabûl ettim." demediği gibi, kabz dahi etmese, diğer mecliste kabzedebilir mi?

Bunda ihtilâf-ı fukahâ vâki' olup, bazı fukahâya göre vâhib sarâhaten kabza izin verdiği cihetle, 844. maddede musarrah olduğu üzre, diğer mecliste kabzın sıhhati ve bununla hibenin tamâmiyyeti lâzım gelir ki, ecell-i erbâb-ı tercîhden bulunan Kādıhan dahi bunu tercîh eylemiştir. *(Fetâvâ-yı kāidiyye ve Abdülhalîm ve Ebussuudü'l-Mısrî)*. Şu hâlde *Mecelle*'de "meclis-i hibede" denilmesinin sebebi şudur: *Mecelle*'nin misâlinde sarâhaten kabza izin mezkûr olmamakla 844. maddenin fıkra-i sâniyesi vechile meclis-i hibede, kabz edilmesi şarttır.

Bey'de îcâb ve kabûlde ittihad-ı meclis şart iken, "Büyû'ın bâb-ı evvelinin fasl-ı sânisine bak." Bu kavle göre hibede şart olmamış olur.[11]

Buna cevâben *Fethu'l-Kadîr*'de denilmiştir ki, rükn-i hibe yalnız vâhibin îcâbından ibâret olup, amma kabûl istihsânen rükünden ma'dûd değildir. Her ne kadar kıyâsen rükünden ma'dûd ise de. İnteha.

İmdi bu kavil, istihsâna mebnî bulunmuş olur. Fakat 837. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre *Mecelle*, kabûlün dahi hibenin rüknü olduğuna dâir olan kavli ihtiyar eylediğine göre şu cevâb *Mecelle*'ce makbûl olmasa gerekdir.

Diğer bazı fukahâya göre, kabz-ı mezkûr kabûl-i hibe makāmında bulunduğuna ve 182. maddede dahi mezkûr olduğu meclis-i akidde mu'teber yâni kabûl meclis-i akd ile mukayyed olduğuna nazaran diğer meclisde kabz ile hibe mün'akid olmaz. Bu kavil kıyâsa muvâfıktır ki, kıyâsa göre hibenin rüknü hem îcâb hem de kabûlden ibâret olup mücerred îcâb rükün değildir. Hâlbuki îcâb ve kabûlün meclis-i vâhidde olması lâzım gelir. *(Feth)*. *Mecelle*, rükn-i hibe îcâb ve kabûlün mecmû'unu i'tibâr ettiği cihetle, bu mes'elede *Mecelle*'ce şayan-ı kabûl kavil budur denilmek lâzım gelir mi?

İhtimal-i sâni, vâhib, kabz-ı mevhûba sarâhaten izin vermeyip sükût eylemesidir. Bunun hükmü 845. maddede beyân olunacağı üzre şudur ki, mevhûbün-leh ol meclisde kabz ederse sahîh olup ama diğer meclisde kabz eylerse sahîh olmaz.

İhtimal-i sâlis, vâhibin kabz-ı mevhûbdan mevhûbün-lehi nehyetmesidir ki bunun hükmü 863. maddede beyân olunur.

842. MADDE

[**Kabzda**] yâni kendisiyle hibe tamâm olan kabz-ı mevhûbda [**vâhibin, sarâhaten yahud delâleten izni**] bulunması [**lâzımdır.**] Bu sûretde vâhibin izni bulunmaksızın vâki' olan kabz, mu'teber değildir. Zîra kabz, mülk-i vâhibde tasarruf olmakla, bu vechile vâhib tarafından sarâhaten veya delâleten izin bulunmaksızın kabz sahîh olmaz. Çünkü mevhûb kabzedilmedikçe, onda ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl dahi vâhibin mülkü bâkīdir. *(Hidâye)* (96. maddeye bak.)

Sarâhaten ve delâleten kabza izin madde-i âtiyede beyân olunuyor. Bu hâlde vâhibin bu vechile izni bulunmaksızın, kabz ile hibe tamâm olmayacağı gibi, mevhûbün-leh, ber-vech-i mezkûr izin bulunmaksızın kabzedip de yedinde telef olsa zâmin olur. Bu takdirde bir kimsenin yedinde mülk bir hane bulunmakla diğer bir kimesneye "Sen bu haneyi bana

11 فانه تمليك يحتاج الى القبول فى المجلس, هنديه فى الباب الحادى عشر.

tasadduk ederek kabza dahi izin vermenle kabzettim." diye iddia ve o kimesne "Benim iznimsiz kabz eyledin." diye da'vâ etdiğinde, söz o kimesnenindir. (76. maddeye bak.) Amma ol kimse "Bu hane yedimde iken sen bana sadaka vermekle 846. madde hükmünce câiz oldu." diye iddia ve o kimesne "Vakt-i tasaddukda benim elimde idi, iznim olmaksızın kabzeyledin." diye da'vâ ettiğinde, söz ol kimsenindir.

843. MADDE

[**Vâhibin îcâbı, delâleten kabza izindir.**] Yâni vâhibin îcâbı kabza taslîttir. Binâenaleyh bu vechile delâleten olan izniyle mevhûbün-leh mevhûbu kabzettiğinde ona mâlik olur.

Delâleten izniyle sıhhat-i kabz istihsânî olup kıyâs olan, vâhibin izn-i sarîhi olmadıkça kabzın adem-i sıhhatidir. Zîra kabz-ı mezkûre bilâ-izin mülk-i gayrde tasarruf olmakla, 96. madde hükmünce kıyâs olan adem-i cevâzdır. Çünkü kable'l-kabz vâhibin mülkü bâkīdir. *(İnâye)* Vech-i istihsân şudur: Hibenin hükmü bulunan mevhûbün-lehe sübût-ı mülk, kabza tevekkuf ettiği cihetle hibede kabz, bey'deki kabûl gibi olmakla ba'de'l-îcâb kabûl-i bey' yâni kabûl-i îcâb için bâyi'in izn-i sarihi şart olmadığı gibi, hibede kabz için dahi vâhibin izn-i sarîhi şart değildir.[12]

Meselâ vâhib "Şu malı sana hibe ettim." demesi, o malı kabzet demeğe delâlet edeceği cihetle, ba'de'l-îcâb vâhib, mevhûbün-lehe sarâhaten kabzet demese bile, mevhûbün-leh onu kabzediverse, hibe tamâm olur. *(Hidâye)*

İstisna: Fakat îcâbın delâleten izin olması 863. maddede beyân olunduğu üzre, vâhib ba'de'l-îcâb kabzdan nehyetmediği takdirdedir. Yoksa nehyettiği sûrette izin olmaz. *(Hidâye)* (13. maddeye bak.) Binâenaleyh şu nehiyden sonra mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu ne meclis-i hibede ne de ba'de'l-iftirâk kabzedemez. *(Dürer)*

[**Amma sarâhaten izni, mevhûb eğer meclis-i hibede hazır**] ve mevcûd [**ise bu malı sana hibe ettim.**] dedikten sonra [**al demek ve eğer**] mâl-i mevhûb [**gāib ani'l-meclis ise, filan malı sana hibe de ettim.**] dediğinden sonra [**var al, demek gibi emr-i sarîhdir.**] Bununla dahi kabzın sıhhati, vâhib kabz-ı mevhûbdan mevhûbün-lehi men' yâni ba'de'l-izni's-sarîh nehyetmediği takdirdedir. Amma ba'de'l-izin ve kable'l-kabz, kabzdan nehyederse izn-i sâbıkın hükmü kalmaz ve 863. madde hükmünce mevhûbün-leh, artık mâl-i mevhûbu kabzedemez.

İzin bi'l-kabzda üç sûret vardır:

---

12 يعنى ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة, فتح وعنايه وهنديه.

Sûret-i ûlâ: Vâhibin kabzıyla emir yâni kabza sarâhaten izin, i'tâ etmesidir. Bunun hükmü madde-i âtiyenin fıkra-i ûlâsınde beyân olunuyor.

Sûret-i sâniye: Vâhibin kabzdan nehyetmesidir. Bunun hükmü madde-i ânife yâni 844. madde şerhinde beyân olundu.

Sûret-i sâlise: Vâhibin kabzdan sükût etmesidir. Bunun hükmü dahi madde-i âtiyenin fıkra-i sâniyesinde beyân olunmuşdur. *(Abdülhalîm)*

844. MADDE

[**Vâhib sarâhaten kabza izin verdikde, mevhûbün-lehin onu**] yâni mâl-i mevhûbu [**gerek meclis-i hibede ve gerek ba'de'l-iftirâk**] yâni tarafeyn meclis-i hibeden dağıldıktan sonra [**kabzı sahihdir.**] Yâni şu kabzıyla hibe tamâm ve kıyasen ve istihsânen mevhûbün-leh mâl-i mevhûba mâlik olur. Zîra vâhibin kabzıyla emri mutlak olduğundan 46. maddeye binâen ıtlâkı üzre ibkā olunup meclis veya sâire ile takayyüd eylemez. Çünkü nassan sâbit olan şey her vechile sâbit olacağından, meclisde ba'de'l-meclisde kabza izin tahhakkuk eyler. *(Feth)* Bu fıkranın misâli madde-i ânifeden zâhir olmakla, *Mecelle*'de zikrolunmamış ise de, mezîd-i tavzîh için ber-vech-i âtî bir misâl îrâd olunur. Şöyle ki, vâhib "Şu malı sana hibe ettim al." demesi üzerine mevhûbün-leh dahi "Kabûl ettim." demiş olsa, mevhûbün-leh onu ol meclisde kabzedebileceği gibi ba'de'l-iftirâk dahi kabzedebilir; eğer kable'l-kabz vâhib kabzdan nehyetmemiş ise. (13. maddeye bak.)

Kezâ, 841. madde şerhinde zikrolunduğu üzre Kadıhan'ın tercîhine göre vâhib "Filan mahâlledeki malımı sana hibe ettim var al." demiş olsa, mevhûbün-leh meclis-i hibede "Kabûl ettim." demese bile, gidip de onu kabzediverse hibe tamâm olur. *(Abdülhalîm)*

[**Amma delâleten kabza izni meclis-i hibe ile takayyüd edip**] binâenaleyh meclis-i mezkûrde kabzedildiğinde, mevhûb eğer ayn ise, şu kabzı istihsânen "la kıyâsen" mu'teber olur ise de [**ba'de'l-iftirâk kabzı**] hem istihsânen, hem de kıyâsen [**mu'teber**] ve şu kabz ile mevhûbün-leh mâl-i mevhûba mâlik [**olmaz**] da, ba'de'l-iftirâk sıhhat-i kabz, izn-i sarîha tevakkuf eder. Zîra îcâb-ı hibe, taslît addedilmesi yâni kabza izni tazammun eder denilmesi, kabûl-i îcâba ilhak olunmasından dolayı olmakla, kabûl meclis-i îcâbla takayyüd ettiği gibi bu da ol vechile takayyüd eder. *(Aynî va Tahtâvî)*

[**Meselâ**] vâhib, [**şu malı sana hibe ettim deyip de**] kabzet dememiş ise [**mevhûbün-leh dahi onu ol meclisde kabzediverse sahîh**] ve hibe tamâm [**olur.**]

Bu misâlde "şu malı .....ilâ âhirihi" denilmesiyle işâret olunuyor ki, delâleten izniyle meclis-i hibede vukū' bulan kabzıyla hibenin tamâmiyyeti, mâl-i mevhûb ayn olduğu takdirdedir. Amma mevhûb deyn olduğu sûrette, sarâhaten kabza izin olmadıkça kabzedemeye-

ceği cihetle, ol meclisde kabzolunsa bile yine hibe tamâm olmaz. Nitekim 848. maddede "Var al diye sarâhaten" ta'bîriyle dahi şuna işâret olunuyor. *(Abdülhalîm)* Hatta bir kimse diğer kimesneye "Şu yığın buğdaydan beş kilesini sana hibe ettim." deyip, o da mezkûr buğdaydan vâhibin huzurunda beş kile ölçüb alsa, o kimesne ona mâlik olamaz. Amma "Şu yığın buğdaydan beş kilesini sana hibe ettim ölç." deyip de, o da mezkûr buğdaydan beş kile ölçüp alsa, ona mâlik olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni fîma yecuzü mine'l-hibe ve mâ lâ yecuzü)* (158. madde şerhine bak.)

Tafsîlat-ı ânifeden anlaşılıyor ki, şu maddenin bu fıkrası mutlak ise, sâlifü'z-zikr 848. madde ile takyîd olunuyor.

[**Amma meclis-i hibeden ayrıldıktan sonra kabzetse sahîh**] ve hibe tamâm [**olmaz.**] *(Hindiyye)* Hatta ondan sonra kabzetse gāsıb olur.

[**Kezâlik**] vâhib [**"Filan mahaldeki malımı sana hibe ettim." deyip de "Var al!" dememiş olsa, mevhûbün lehin gidip de onu kabzetmesi sahîh olmaz.**] Hatta kabzetse gāsıb olacağından, vâhib istirdâd ve telefi takdirinde bedelini taleb edebilir.

845. MADDE

[**Müşteri mebî'i bâyi'den**] 1-[**kable'l-kabz**] 2-[**âhara**] yâni bâyi'den başkasına 3-[**hibe ve mevhûbün-lehe kabz ile emredebilir.**] Ve şu hibe ve emir üzerine mevhûbün-leh madde-i ânife vechile mezkûr mebî'i kabzettiğinde, hibe tamâm olur. *(Hamevî)* Mâl-i mevhûb gerek menkūl ve gerek akār olsun.

Mebî'-i menkūlün âhara bey'i câiz olmadığı 253. maddede musarrah olmakla şu hususda bey' ile hibe iftirâk eder. Vech-i fark şudur ki 253. madde şerhinde zikrolunduğu üzre her tasarruf ki tamâmiyyeti kabz ile ola "hibe ve i'âre ve tasadduk ve ikrâz ve rehin gibi" müşteri mebî'-i menkūlde tasarruf-ı mezkûr ile tasarruf etse sahîh ve âhar, kabzda müşteri tarafından nâib olup, sonra ol âhar nefsi için kābız ve bu sûretde ba'de'l-kabz "meselâ" hibe edilmiş i'tibâr olunur. Lâkin müşterinin bu hibesi ile bâyi' için 278. madde vechile sâbit olan hakk-ı hapis sâkıt olmaz. Nitekim bu mes'ele 253. madde şerhinde tafsîl olunmuş idi.

Îzâhu'l-kuyud:

1- Kable'l-kabz: Bu kayıt ihtirazî olmayıp, ba'de'l-kabz hibenin cevâzı bi-tarîkı'l-evveliyettir.

2- Âhara: Bu kayıt ihtirazidir. Zîra müşteri, mebî'i bâyi'den kabzetmeden ona yâni bâyi'a hibe edip de, o da kabûl etse, şu hibe ikāle-i bey' olarak hükm-i ikāle cârî olur. (3. maddeye bak.) Nitekim ayn olan bedel-i îcârı müste'cirden kable'l-kabz âhar

ona yâni müste'cire hibe ve müste'cir dahi kabûl etse hüküm böyledir. Yâni bununla dahi akd-i îcâr ikāle edilmiş olur. İşte şu iki sûretde hibe ikāleden mecâz olur. (61. maddeye bak.)

3- Hibe: Bu ibâre ânifen dahi beyân olunduğu üzre, min vechin ihtirâzî olmayıp, her tasarruf ki tamâmiyyeti kabz ile ola, ondaki hüküm dahi hibe gibidir. Ve min vechin âhar ihtirâzî olup, mebî'-i menkūlün kable'l-kabz âhara bey-i câiz değildir. (253. maddeye bak.)

846. MADDE

Kabz tecânüs ettiğinde, biri diğeri makāmına kāim olur. Amma teğâyür ettiğinde, akvâ ez'af makāmına kāim olur. Lâkin ez'af akvâ makāmına kāim olmaz. Zîra akvâda, ednânın misliyle beraber ziyâde dahi var ise de, ednâda, akvâda olan şey olmadığından, ednâ, akvâ makāmına geçemez. *(Zeyla'î ve Tahtâvî).*

Bu cihetle [**bir kimsenin**] vedî'a veya icâre veya lukata veya diğer bir sûretle emanet yahut bey'-i fâsid, yahut gasb ile makbûz gibi mazmûn olarak [**yedinde bulunan malı sahibi ona hibe ettiğinde**] ol mal meclis-i hibede hazır ve mevcûd olsa bile [**mevhûbün-lehin -kabûl ettim- yahut -ittihab eyledim- demesiyle hibe**] mün'akid ve [**tamâm olup**] tamâmiyyet-i hibe [**müceddeden**] taraf-ı vâhibden [**teslîm ve**] cânib-i mevhûbün-lehden [**kabza**] yahut ba'de'l-îcâb ve'l-kabûl, kabza iktidâr hâsıl olacak kadar vaktin mürûruna [**muhtâc değildir.**] *(İnâye)* Bina-berîn şu hibe, mevhûbün-lehin, mâl-i mevhûbun bulunduğu mahâlle varıp da orada kabza iktidâr hâsıl olacak kadar vaktin mürûruna hâcet kalmaksızın tamâm olur. *(Kuhistanî)* Hatta mevhûbün-leh yedinde bulunan mâl-i mevhûb, tecdîd-i kabzdan evvel telef olsa, mevhûbün-lehin malı olarak telef olup binâenaleyh mâl-i mevhûb bargir olup da tecdd-i kabzdan evvel mevhûbün-leh yedinde telef olsa, denize atmak masârifi mevhûbün-lehe aid olur. *(Ebussuud bi-tağyîri-mâ)*

Tafsîlat-ı sâlifeden anlaşıldı ki vedî'a ve âriyetin kabzı hemcinsi bulunan hibedeki kabz makāmına kāim olacağı gibi, gasb ve bey'-i fâsid ile olan kabz dahi ondan dûn bulunan hibedeki kabz makāmına kāim olur. Lâkin vedî'a ve âriyetteki kabz, kabz-ı şirâ makāmına kāim olmaz. *(Hidâye)* Zîra kabz-ı emanet zaîf olmakla kabz-ı zamân makāmına kāim olmaz. *(İnâye)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Mal: *Mecelle*'de mal lafzı mutlak olarak zikrolunmasından ber-vech-i bâlâ emanet ve mazmûn ve menkūl ve akāra şâmil olur. (64. maddeye bak.)

2- Kabûl ettim: Bununla işâret olunuyor ki, bunda sarâhaten kabûl şart olup 841. maddeye makīs değildir. Zîra, kabûl lâzım olmasa kabza dahi hâcet olmadığından mevhûbün-lehin rızâsı olmaksızın ona mâlik olması lâzım gelir. *(Redd-i muhtar)*

Hâlbuki 167. madde şerhinde zikrolunduğu vechile, hiçbir kimse diğerin rızâsı ve kabûlü olmadıkça ona mülk isbât edemez. Mevhûbün-leh razı olmadıkça ona mülk isbât olunamaz. Zîra zarar ihtimali mevcûddur. *(Tahtâvî)* Yalnız mîrâs bu kā'ideden müstesnâdır. (841. maddeye bak.)

3- Kabza muhtâc değildir: Bunun tafsîli şudur. Kabz üç kısımdır.

Kısm-ı evvel: Kabz, "***mazmûnün bi-kıymeti'l-makbûz ev bi-mislihi***"dir. Mâl-i mağsûbdaki kabz gibi. Zîra mâl-i mağsûbdaki gāsıbın kabzı 891. maddede zikrolunduğu üzre zamânı îcâb eder. Nitekim tesmiye-i semen olunarak şu şirâ tarikıyla makbûz olan mal ile bey'-i fâsid ile makbûz bulunan malda dahi hüküm böyledir. (298. ve 371. maddelere bak.) İmdi bu vechile makbûz olan mal, sahibi tarafından kābıza bey'-i sahîh ile bey edildiğinde kabzlar müttefik yâni ikisi de mazmûn olduğundan tecdîd-i kabza ihtiyac olmayıp kabz-ı sâbık, beyde lâzım gelen kabz-ı lâhık makāmına kāim olacağı gibi mezkûr mal, sahibi tarafından kābıza hibe edildiğinde mevhûbün-leh mücerred hibeyi kabûl eylemesiyle ona mâlik olup, kabz-ı âhara muhtâc değildir. Ve mevhûbün-leh mücerred hibeyi kabûl eylemesiyle zamândan beri olur. *(Ebussuud).*

Sual: Bey'-i fâsid 366. maddede mezkûr olduğu üzre ınde'l-kabz müşteriye mülk ifâde edeceği cihetle bâyi' onu müşteriye nasıl hibe eder. Yâni müşterinin mülkü iken müşteriye hibeten temlîkin ma'nâsı nedir?

Cevâb: Üç vecihledir.

Evvelen: Bâyi' ve müşteri bey'-i fâsidi feshederek mülk, bâyi'a intikāl ettikden sonra bâyi' onu kābız bulunan müşteriye hibe etti demektir.

Sâniyen: Müşteri fâsiden müşterâsını bilâ-emri'l-bâyi' kabzetmiş ve binâenaleyh mâlik olmamış olmakla bâyi', ol makbûzu müşteriye hibe etmiştir. *(Feth)*[13]

Sâlisen: Nefs-i hibe iktizâ-i bey'-i fâsidi fesh kılınmak ba'îd değildir. Yâni fâsiden bey ve bi-izni'l-bâyi' müşteri onu kabzettikden sonra, bâyi' onu müşteriye hibe edince şu hibe sebebiyle bey'-i fâsid münfesih olarak, müşteri mebî'a hibeten mâlik olur.

Hulâsa, şu üç nev' maldaki kabz, yâni mağsûbda ve tesmiye-i semen olunarak sevm-i şira tarîkıyla makbûzda ve bey'-i fâsid ile mebî'deki kabz-ı sâbık, kabz-ı lâhıkdan yâni hibede lâzım gelen kabzden a'lâ ve akvâ olmakla, ednâ makāmına kāim olur. *(Kifâye ve Ebussuud).*

---

13 فيه ان هذا هو المقبوض بالغصب.

Kısm-ı sâni: Kabz, mazmûnün bi-gayrihidir. Mebî' mazmûn bi's-semen ve rehin mazmûn bi'd-deyndeki kabz gibi. (293. madde ile 741. madde şerhindeki lâhıkaya bak.)

Bu kısm-ı sâni kabz, kabz-ı hibe makāmına kāim olup olmayacağında, kütüb-i fıkhiyyede yekdiğere muhâlif mes'eleler bulunmakla, ber-vech-i zîr nakl ederek tercîhini ashab-ı iktidâra havâle ederiz.

Şöyle ki, *Kuhistânî* ve *Hindiyye* ve *Tebyîn*de şu kısm-ı sâni kabz dahi, hibede lâzım gelen kabz makāmına kāim olacağı zikrolunmuştur. Hâlbuki *Kifâye* ve *Cevahiru'l-Fıkh* ve *Müctebâ'*da şu kısm-ı sâni kabz, hibede lâzım gelen kabz makāmına kāim olacağı ve belki kabz-ı cedid lâzım olduğu beyân olunmuştur. *(Nükūl-i Behce)*.[14]

Kabz-ı cedîd, mevhûbün-lehin mâl-i mevhûbun bulunduğu mevzı'a vararak onda kabz mümkün olur bir vaktin mürûrundan ibârettir. *(Cevahirü'l-fıkh ve İnâye ve Tahtâvî).* Nitekim bunun nazîri 270. maddenin fıkra-i ahîresinde geçti.

Kısm-ı sâlis: Kabz-ı emanettir. Vedî'anın ve âriyetin ve me'cûrun ve mâl-i mevhûbun kabzı gibi. Zîra 777 ve 813. maddelerde zikrolunduğu üzre mâl-i vedî'a ve âriyetteki kabz, zamânı îcâb etmeyeceği gibi 871. maddede mastûr olduğu vechile mevhûbdaki kabz dahi zamânı îcâb etmeyeceğinden, cümlesi kabz-ı emanettir. Binâenaleyh, bu kısm-ı sâlis dahi hibedeki kabz makāmına kāim olur. *(Zeyla'î)*

Sual: Vedî'ada müstevda'ın vaz'-ı yedi mûdi' için olup, müstevda' yedde ve hıfzda mûdi'in nâibi ve mûdi' için âmil olmakla bu kabz, hibede lâzım gelen kabz makāmına kāim olmayarak, mevhûb yed-i vâhibde iken hibe edilmiş gibi olmak lâzım gelir.

Cevâb: Müstevda', mûdi' için âmil oldukça, müstevda'ın yedi mûdi'in yedi makāmında ise de, ba'de'l-hibe müstevda' artık mûdi' için gayr-i âmil ve hakīkaten vedî'a üzerine vaz'-ı yedi dahi mevcûd olduğundan bu i'tibâr ile müstevda' kābız olur. *(Zeyla'î)*

Vedî'anın zi'l-yede hibesinden sonra müstahık çıktığında hakk-ı rücû':

Vedî'a, ber-vech-i muharrer zi'l-yede yâni müstevda'a hibe olunduktan sonra yedinde ba'de't-telef bir müstahık zuhur ettiğinde müstahık muhayyerdir. Dilerse mevhûbün-lehe ve dilerse vâhibe tazmîn ettirir. (910. maddeye bak.) Ve mevhûbün-lehe tazmîn ettirirse nazar olunur. Mevhûbün-leh, ba'de'l-ittihâb ve müstahık; vâhib-i mûdi'a tazmîn ettirmeden mukaddem ol malda tecdîd-i kabz eylemiş ise, mevhûbün-leh zâmin olduğu şeyle vâhibe rücû' edemez. 861. madde şerhine dahi mürâca'at oluna. Amma kabzını tecdîd eylememiş ise, mevhûbün-leh zâmin olduğu şeyle vâhibe rücû' eder. Fark şudur:

14 لان العين وان كانت فى يده مضمونة الا ان هذا الضمان لاتصح البرائة منه مع وجود القبض الموجبة له فلم تكن الهبة برائة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن يد من تجديد قبض. طحطاوى.

Mevhûbün-leh tecdîd-i kabz etmedikçe akd-i vedî'a hibe ile müntekız olmayıp şu halde 658. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre nef'i dâfi'a aid bir akidde vâki' gurûr olmuş olur. *(Zahîre fasl 13)* Nitekim baba, bir malını tıflına hibe ettikden ve o mal telef olduktan sonra müstahık çıkarak babaya tazmîn ettirirse baba, tıflına rücû' edemez ise de, ba'de'l-bülûğ tıfla tazmîn ettirdiğinde bakılır. Tıfıl, ba'de'l-bülûğ mezkûr malda kabzını tecdîd eylemiş ise, babaya mürâca'at edemez. Amma ba'de'l-bülûğ kabzını tecdîd eymememiş ise mürâca'at eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis fî hibeti's-sağîr)* (658. madde şerhine bak.)

847. MADDE

Deyni medyûna hibe veya deynden medyûnu ibrâda kabûl şart değildir. Lâkin reddiyle merdûd olur. Zîra deynin medyûna hibesi ve deynin ibrâsı, min vechin temlîk ve min vech-i âhar iskāttır. İskāt olmak haysiyetiyle bilâ-kabûl sahîh olduğu gibi temlîk bulunmak cihetiyle de redd ile merdûd olur. *(Velvâliciyye)* Bey' gibi sâir temlîkât ba'de'l-îcâb diğer taraf redd ettiğinde merdûd olduğu gibi.

İmdi, deyni medyûna hibe ve ibrâ, min vechin temlîk oldu. Zîra deyn min vechin yâni me'âl ve âtî i'tibâriyle maldır. Hatta onda zekât vâcib olduğu gibi, dâyin alacağı mukâbilinde medyûnundan bir metâ' iştirâ etse sahîh olur. Bey' ise malı mala mübâdeledir. Ve min vechin âhar iskāt oldu. Zîra deyn hâl i'tibâriyle vasf-ı şer'î olup, hatta aynî olmayıp da alacağı bulunan bir kimesne malı bulunmadığına yemin etse hânis olmayacağı gibi. Bir kimsenin Zeyd zimmetinde bulunan alacağını semen-i mebî' kılarak Amr'dan bir mal iştirâ etmesi sahih değildir. Binâenaleyh deyn mal olmak i'tibâriyle temlîk olmakla reddiyle merdûd olur. Amma vasf bulunmak i'tibâriyle iskāt ve yalnız muskıt ile tamâm olup kabûle tevakkuf eylemez. *(Zeylaî fi'l-icâre ma'a'l-îzah)*

Zâbıta-i ûlâya müteferri' bazı mesâil:

1. Mes'ele: [**Bir kimse alacağını**] 1- [**medyûna**] 2- [**hibe veyahut medyûnu ondan ibrâ**] yahut alacağını ona helal [**eyleyip o dahi**] hibe yahut ibrâyı yahut tahlili [**redd etmese**] şu hibe veya ibrâ veya tahlil [**sahîh ve deyn**] 3- [**hemen**] yâni medyûnun kabûlüne tevakkuf etmeksizin [**sâkıt**] ve bu hibe dahi ibrâ ma'nâsına mecâz [**olur.**] Binâenaleyh, 837. maddede zikrolunduğu üzre hibede kabûl lâzım olduğu hâlde ibrâda kabûl şart bulunmamakla, hibe ile ibrâ bu vechile iftirâk eder.

2. Mes'ele: Bir kimse medyûnuna "Deynimi sana terk eyledim." yahut "hakk-ı hîş be-tu mândem" yahut "türâ bahl-kerdem" dese ibrâ etmiş olup, artık mezkûr alacağını taleb edemeyeceği gibi, bir kimse "heme garimen türâ bahl-kerdem" dese, ol kimsenin medyûnları berî olurlar. *(Hindiyye ve Vâk'âtü'l-Müftîn)*

3. Mes'ele: Dâyin, medyûnunun fevt olduğunu istihbâr etmekle, alacağını ona helal yahut alacağından onu ibrâ etse de ba'dehü medyûn ber-hayat olduğu sâbit olsa 51. maddeye binâen artık alacağını alamaz. *(Ankaravî)*

4. Mes'ele: Dâyin-i müşâriklerden biri deyn-i müşterekteki hissesini medyûna hibe etse sahîh olur. Şöyle ki bir kimse Zeyd zimmetindeki alacağını almadan fevt olarak veresesine mevrûs olmakla, bazı verese mezkûr alacağını Zeyd'e hibe etseler şu hibelerinde sahîh olur. *(Ali Efendi)* Nitekim iki kimsenin Zeyd zimmetinde münâsafeten müşterek dört yüz kuruş alacakları olmakla, birisi hissesini Zeyd'e hibe etse, yâni "Hissemi sana hibe ettim." dese, Zeyd iki yüz kuruştan berî olacağı gibi, "Nısfını hibe ettim." dese, rub'unda nafiz ve rub'-ı âhar da diğer hissedarın iznine mevkūf kalır. (858. maddeye bak.) *(Bezzâziyye ve Ankaravî)*. Ayn-ı müşterekin nısfını hibede olduğu gibi *(Haniyye kubeyle faslın fî hibeti'l-müşâ')* ve bir malda münâsafeten hissedâr olanlardan biri o malın nısfını satsa kendi hisesine munsarıf olur. Lâkin fuzûli mezkûr malın nısfını satsa da ehad-i şürekâ mûcîz olsa rub'ında nâfiz olur. *(Fusuleyn fî 24 faslen)* Buna dâir bazı mesâil büyû'da geçti.

5. Mes'ele: Redd etmese ta'bîrinden anlaşılacağı üzre mezkûr ibrâ veya hibenin tamâmiyetinde medyûnun "İbrâ veya hibey'i kabûl ettim." demesine hâcet kalmayıp, hatta kable'l-kabûl medyûn vefat etse, hibe lâzım olur. *(Cevahirü'l-fikh ve Hindiyye).*

Fâide: Dâyinin medyûnundan bir miktarı mu'accel ve bir miktarı mü'eccel alacağı olup da bu deynin bir kısmını medyûna hibe etse, şu hibe hem mu'accel hem de mü'eccel kısımlarına münâsafeten mutasarrıf olur. Zîra bu ibrâ, bu iki kısımdan birine sarf etmekde rüchân ve evleviyyet yoktur. Şöyle ki meselâ dâyinin medyûnundan bin kuruş mu'accel ve bin kuruş da mü'eccel alacağı olup da dâyin-i merkūm medyûnuna ta'yîn etmeyerek "Beş yüz kuruşu sana hibe ettim." dese, iki yüz elli kuruş mu'accelden ve iki yüz elli kuruş da mü'eccelden sâkıt olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara).*

Îzâh-ı kuyudi'l-mes'eleti'l-ûla:

1- Medyûna: Bu ta'bîr, bir i'tibâr ile ihtirâzîdir. Medyûnun gayrisine hibeden ihtirâz ediliyor. Bunun hükmü madde-i âtiyede beyân olunuyor. Diğer bir i'tibâr ile ihtirâzî olmayıp müteveffânın alacaklısı alacağını müteveffâ-yı merkūmun vârisine hibe etse sahîh olur. Velev ki terekesi müstağrak bi'l-deyn ola. Ve bu hibeyi vâris redd etse İmam Ebû Yusuf'a göre merdûd olur. Amma İmam Muhammed'e göre vârisin reddiyle merdûd olmaz. *(Tatarhaniyye ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi').*

Medyûn: Bu ta'bîri mutlak olarak zikrolunmasından anlaşılır ki, medyûn fevt olmuş bulunsa bile yine ona hibe sahîhdir. Binâenaleyh dâyin, müteveffâdaki alacağını müteveffâya hibe etse sahîh olup, bu hibeyi vârisi redd etse, bâlâda zikrolunan ihtilâf cârî olur. Nitekim dâyin, alacağını müteveffânın bazı veresesine hibe etti-

ğinde yine sahîh ve müteveffâya hibe gibi olup, binâenaleyh veresenin küllîsi bu hibeden müstefîd ve bu ibrâ dahi ala kavli's-sâni redd ile merdûd olur.

Tafsîlat-ı ânifeden anlaşıldı ki hibe-i deynde üç ihtimal vardır.

Birincisi, dâyin alacağını ber-hayât bulunan medyûnuna hibe edebilir. İkincisi, dâyin alacağını müteveffâ medyûnuna hibe edebilir. Üçüncüsü, dâyin alacağını müteveffâ medyûnun bazı veresesine veya küll-i veresesine hibe edebilir. *(Ankaravi)*

2- Hibe: Hibenin sahîh olduğu ale'l-ıtlâk zikredilmesinden müstefâd olur ki, deynin medyûna hibe veya ibrâsında, deynin bekâsı yani kabzedilmemiş bulunması şart değildir. Binâenaleyh, dâyin alacağını medyûndan istîfa ettikten sonra medyûnunu ibrâ-i iskāt ile ibrâ, yahut alacağını medyûnuna hibe ettiğinde yine sahîh olur. Şöyle ki; dâyin alacağını medyûnundan olduktan sonra "Ve ümmî ki merâ bûde-est betü bahşîdem." dese sahîh olup, medyûn dâyine verdiğini istirdâd eder. (158. madde şerhine bak.) Nitekim şu deyni diğer bir şahıs teberru'an dâyine te'diye ettikden sonra dâyin, mezkûr kelâmı söylese ibrâ yine sahîh olup, müteberri' olan şahs-ı merkūm, verdiğini dâyinden geri alır, *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi')*.

3- İbra: Ale'l-ıtlâk zikrolunmasından müstefâd olur ki, ibrâ olunan hakkın ma'lûm olması şart değildir. Hatta bir kimse diğer kimesneye "Senin bende olan her hakkını bana helal et." deyip de o da helal etse, sahib-i hak yâni o kimesne ol kimsede bulunan haklarını bilir ise, hem hükmen hem de diyâneten berî olur. Amma eğer bilmiyor idiyse, İmam Ebû Yusuf'a göre yine hem hükmen hem de diyâneten berî olur ki, müfta-bih dahi budur. Zîra sâkıtın cehâleti sıhhat-i iskāta mâni' olmaz. Amma İmam Muhammed'e göre hükmen berî olup lâkin diyâneten berî olmaz. *(Velvâliciyye)*

Fakat ibrâ, bir şart ile meşrût olduğunda, ol şarta riâyet lâzım olur. Ve illa, ibrâ sahîh ve deyn sâkıt olmaz. Şöyle ki; bir kimse zevcesine "Şu malı sana hibe etmem üzre mihrinden beni ibrâ et." demesi üzerine, zevce ibrâ ettiği hâlde, zevc mezkûr malı zevcesine hibeden imtinâ' etse 855. maddeye mebnî zevcenin mihri kema-kân bâkī kalır. *(Bezzâziyye)*

Nitekim, rüşvet tarîkıyla ibrâ dahi sahîh olmadığı 834. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

Zâbıta-i ûlâdan müstesnâ bazı mesâil:

"Hibe-i deynde ve ibrâda kabûl şart değildir." zâbıtasından üç mes'ele müstesnâ bulunmuştur. 1- Bedel-i sırfdan ibrâ ve 2-Bedel-i selemden ibrâdır. İmdi alacak bedel-i sırf veya bedel-i selem olduğu takdîrde şu alacakdan ibrâ, akd-i sırf ve selemin infisâhını mûcib olacağı ve ahad-i akıdeynin yalnız olarak akd-i lâzımı fesh edemeyeceği cihetle, bunun

hibe ve ibrâsında kabûl lâzım olur. Bi-dûni'l-kabûl medyûn berî olmaz. Yâni bu iki mes'elede kabûlün lüzûmu hibe-i deynde kabûl lâzım olmak i'tibâriyle değildir. Belki akdin infisâhını müstelzim olmak i'tibâriyledir. Hâlbuki ehad-i âkıdeyn akd-i lâzımı, diğer âkid râzı olmadıkça feshedemez. *(İnâye)*

3- Kefîle hibe ve sadakadır. Şöyle ki bir alacağın kefîle hibe ve sadakasında kefîlin kabûlü lâzım olarak bi-dûni'l-kabûl hibe ve sadaka lâzım olmaz. *(Bahr ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi')*

İbrâ mes'elesi, bu madde de istıdrâden mezkûr olup, maksûd bi'z-zat olarak 1568. maddede beyân olunuyor. *(Ankaravî)*

Zâbıta-i sâniyenin îzâhı:

"Zâbıta-i sâniye bulunan ibrâ, reddiyle merdûd olur." mes'elesi ber-vech-i âtî îzâh olunur. Şöyle ki, bir kimse alacağını medyûnuna hibe veyahut alacağından medyûnunu ibrâ ettiği hâlde, medyûn ol meclisde hibe veya ibrâyı redd eylese hibe ve ibrâ merdûd olur. *(Cevahiru'l-fıkh)* Amma başka meclisde redd etse bunda ihtilâf olunmuştur. Şöyle ki, Şemsü'l-eimme es-Serahsî: Reddin sıhhati meclis-i ibrâda vâki' olmasıyla meşrût olduğuna kāil olmuştur. Yâni ibrâ vukū' bulduğu meclisde medyûn ibrâ-i mezkûrü redd edebilir. Yoksa meclis-i mezkûrde redd etmeyip de sükût ettikten sonra diğer meclisde ibrâ-i mezkûrü redd etse merdûd olmaz ki *Sayrafiyye* ve *Hindiyye*'de sahîh olan budur, denilmiştir. Diğer bazı ulemâ ise meclis-i ibrâda redd etse merdûd olacağı gibi meclis-i ibrâdan sonra diğer meclisde redd etse yine merdûd olur. Zîra ibrâda iskāt ma'nâsı bulunmakla meclis-i ibrâ ile takyîd edilmez, demişlerdir. Selef'den mervî bulunan dahi budur. *(Reddi muhtar ve İnâye)* 1568. maddede birinci kavil kabûl edilmiştir.

Zâbıta-i sâniyeden müstesnâ beş mes'ele:

"İbra redd ile merdûd olur." zâbıtasından bazı mesâil müstesnâdır ki bu mesâil için kā'ide şudur:

Min vechin, temlîk-i malı mutazammın olur ise redde kābil olur ise, aslen temlîki mutazammın olmayınca redde kābil değildir. Aslen temlîki mutazammın olmayan iskāt şüf'a ve talâk ve ıtâk gibilerdir. *(Dürr-i Müntekā kubeyle's-sulh)*

1. Mes'ele: Mekfulün-leh kefîli ibrâ edip de kefîl ibrâ-i mezkûrü redd etse merdûd olmaz. Bunun sebebi 660. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

2. Mes'ele: Muhâlün-leh muhâlün-aleyhi ibrâ edip de, muhâlün-aleyh ibrâyı redd etse merdûd olmaz. Bunun hikmeti 673. madde şerhinde zikrolunduğu üzre şudur. Havâleden sonra, muhâlün-aleyh zimmetinde sâbit olan deyn olmayıp yalnız mutâlebeden ibâret ve mutâlebe ise hakk-ı mücerred yâni temlîki gayr-i mutazammın olmakla reddi câiz olmaz.

3. Mes'ele: Medyûn, ibrâyı kabûl etikden sonra redd etse merdûd olmaz. *(Redd-i muhtar).* Bu üç mes'ele 1568. maddede mezkûr bulunmuştur.

4. Mes'ele: Medyûn dâyinine "Beni ibrâ et!" demesi üzerine dâyin dahi ibrâ edip de medyûn şu ibrâyı redd etse merdûd olmaz. *(Ankaravi).*

5. Mes'ele: Dâyin medyûnunu ibrâ edip de, medyûn meclis-i ibrâda sükût ettikden sonra diğer meclisde redd eylese Şemsü'l-Eimme'ye göre merdûd olmaz.

848. MADDE

Deynin, medyûnun gayrisine temlîki sahîh değildir. Amma medyûna temlîki sahîhdir.

Fıkra-i ûlâya müteferi' bazı mesâil:

Bu cihetle; bir kimse, diğer kimesnenin filan şahsa olan on altın borcunu edâ etse, şol şartla ki mezkûr borç kendisinin mülkü ola sahîh değildir. Velev ki ol kimse vekîl bi'l-bey' ola. Şöyle ki meselâ vekîl bi'l-bey', bey'ine vekîl bulunduğu malı bir kimesneye on altına sattıktan sonra, müşteri zimmetinde bulunan on altın alacak kendisinin, yâni vekîl-i merkumun mülkü olmak üzre on altını vekîl-i merkūm müvekkiline verse câiz değildir. *(Redd-i muhtar)* Ve bu şartla vekîl-i merkūmun edası fâsid olmakla vekîl-i merkūm verdiğini müvekkilinden istirdâd eder. Ve müşteri zimmetindeki alacak kema-kân müvekkilin malı olarak kalır. *(Eşbâh fi'l-kavl fi'd-deyn)*

Zâbıta-i sâniyenin îzâhı: Deynin medyûna temlîki sahîhdir. Medyûn gerek hakīkaten medyûn olsun ve gerek hükmen medyûn olsun. Hakīkaten medyûna temlîk: Madde-i ânifede zikrolunduğu gibi deynin medyûna hibesinden ibâretdir. Hükmen medyûna temlîk: Dâyin olan kimse müteveffâdaki alacağını müteveffânın vârisine hibe etmesinden ibârettir. Nitekim madde-i ânife şerhinde îzâh olundu. Bu temlîk gerek hibe tarîkıyla olsun -ki *Mecelle*'de mezkûrdür- Ve gerek istibdal sûretiyle olsun. Şöyle ki bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde beş altın alacağı var iken bedeline yiğirmi yedi sîm mecidiye ahz etmesi yahut dâyinin alacağı mukābilinde medyûndan bir mal iştirâ eylemesi gibi. *(Hamevî)*

Zâbıta-i ûlâdan, yâni -deynin medyûndan başkasına temlîki sahîh değildir- aslından dört mes'ele müstesna bulunmuştur.

Mes'ele-i ûlâ: [**Bir kimse birinin zimmetinde olan alacağını âhara**] yâni medyûndan başkasına [**hibe edip de "var al" diye sarâhaten kabza izin verse ve mevhûbün-leh dahi varıp kabzetse hibe tamâm olur.**] Zîra mevhûbün-leh kabzda dâyinin vekîli olup ol vechile bi'l-vekâle kabzettikden sonra kendi nefsi için kābız i'tibâr olunur.

Meselâ bir kadın zevci zimmetindeki mihrini pederine hibe ve sarâhaten kabza izin verip de o da zevc-i merkūmdan kabzetse hibe tamâm olacağın gibi, deyn meselâ sîm mecidiye iken, mevhûbün-leh bedeline altın alsa sahîh ve kendisi yâni mevhûbün-leh mezkûr altına mâlik olur. *(Redd-i muhtar)*[15]

Îzâhu'l-kuyûdı'l-mes'eleti'l-ûlâ:

1- Alacağını: Alacak ta'bîri ayndan ihtirâz içindir ki bir kimsenin diğer kimesne yedindeki aynını şahs-ı âhara hibe ederek kabza ruhsat verebilir ise de bunun hükmü 845. madde ile şerhinde îzâh olunmuş idi.

2- Ahara: Bu ta'bîr ile medyûna hibeden ihtirâz olunuyor ki bunun hükmü madde-i ânifede geçti.

3- "Var, al" diye sarâhaten izin verse: Bu ibâre deynin, medyûnun gayrisine hibede sarâhaten kabza teslît şart olduğunu iş'âr içindir ki 844. madde şerhinde zikrolunduğu üzre bu madde vechile olan hibede delâleten olan kabza iznin hükmü yoktur. Bu sûretde vâhib sarâhaten kabza izin vermiş değil iken mevhûbün-leh delâleten olan kabza binâen ol meclisde veya diğer meclisde kabzetse sahîh olmaz. *(Cevahirü'l-fıkh)* Binâenaleyh bir kimse "Benim filan kimesne zimmetindeki alacağım senindir." dese bu sözle muhatab olan şahıs, ol alacağına mâlik olamaz. Çünkü bu söz hibe olmakla kabze taslît edilmedikçe temlîk sahîh olmaz. *(Hamevî)*

İkrârda kabza taslît şart değildir.

Yâni ber-vech-i meşrûh kabza taslîtın lüzûmu hibe-i deynde olup, yoksa ikrârda taslît lâzım değildir. Şöyle ki, 1593. maddede zikrolunduğu üzre bir kimse bâ-sened filan kimesne zimmetinde olan şu kadar kuruş alacak yahut alacağım "Bundaki nisbet, bi-hasebi'z-zâhirdir."[16] Her ne kadar "Senedde benim nâmım muharrer ise de meblağ-ı mezbûr filan kimesnenindir, senedde ismim müste'ârdır." dese, meblağ-ı mezbûr nefsü'l-emîrde o kimesnenin hakkı olduğunu ikrâr etmiş olup yoksa temlîk yâni hibe olmadığı cihetle, onda taslîte lüzûm yoktur. Binâenaleyh mukarrun-leh onu, bi-dûni't-taslît dahi kazâ'en kabzedebilir. Amma dâyinine gelince ol alacak nefsü'l-emîrde mukarrun-lehin değil ise 1628. maddeye mebnî, ikrâr sebeb-i mülk olamayacağından mukarrun-lehe helal olmaz. Meğer ki mukırr onu kabza taslît edip o da kabzede. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Hamevî fî evaili'l-hibe)*

---

15 امرأة لها مهر على زوجها ووهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح انه لا تصح هذه الهبة لان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض, خانيه قبيل فصل فى قبض الهبة للصغير.

16 فالمراد الدين الذى لى على فلان بحسب الظاهر هو لفلان اى لفلان فى نفس الامر فلا اشكال, طحطاوى.

4- Varıp kabzetse, bu kayd ihtirâzî olup, 838. maddede beyân olunduğu üzre kabzetmedikçe hibe tamâm olmaz. Bu sûretde hibe-i deynin tamâmiyyetinde hibe-i ayn gibi kabz lâzımdır. Binâenaleyh mevhûbün-leh mezkûr alacağı medyûndan kabzetmeden evvel vâhib fevt olsa, hibe bâtıl olur. Hatta mevhûbün-leh ivaz vermiş ise onu istirdâda muktedir olur. *(Ebussuudü'l-Imâdî)*

Mevhûbün-leh cins-i mevhûbu kabzetse hibe tamâm olduğu gibi, ânifen zikrolunduğu üzre başka cins malı kabzetse yine hibe tamâm olur. Şöyle ki bir kimse diğer kimesne zimmetinde olan elli dört mecidiye alacağını Zeyd'e hibe ve medyûndan kabza taslît edip de Zeyd dahi varıp elli dört mecidiyeyi kabzetse hibe tamâm olacağı gibi onun bedeline on altını kabzetse yine hibe tamâm olur. Zîra hakk-ı kabz Zeyd'in olmakla istibdâle mâlikdir. *(Vakıât-ı Husamiyye)*

Hibe-i deyn ve taslîtın kable'l-kabz tamâm olmadığına ati'z-zikr mesâil teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: Vâhib alacağını bu madde vechile âhara hibe edip de kable'l-kabz hibesinden rücû' ile mevhûbün-lehi kabzdan nehy ve men'edebilir. *(Redd-i muhtar)* Yâni vahbin hibe ve taslîtden sonra kable'l-kabz rücû'a hakkı vardır.

Sâniyen: Vâhib kable'l-kabz ol alacağını medyûn-ı merkūmdan ahz edebilip, bu takdirde mevhûbün-leh bunu vâhibden taleb edemez. Ve vâhib bunu mevhûbün-lehe verse hibe-i mübtedie olur. *(Kā'idiyye)*

Sâlisen: Bir kadın, zevci zimmetindeki mihrini şu zevcinden hâsıl olan kebîr oğluna hibe ve ol kadın mezkûr mihri kabzetmesiyle ibn-i merkūma emredip de fakat henüz kabzetmese, ibn-i merkūm ona mâlik olmaz. *(Kunye ve Hamevî)*

Mes'ele-i sâniye, havâledir. Şöyle ki "muhîlin, muhâlün-aleyhdeki alacağından verilmek üzre" diye mukayyed olan havâlede, muhâlün-leh muhâlün-aleyh zimmetindeki deyne, yâni muhîlin ondaki alacağına mâlik olur. (692. maddeye bak.) Nitekim 252. madde misâlinde buna dâir sarâhat vardır.

Mes'ele-i sâlise, vasıyettir. Şöyle ki bir kimse diğer kimesne zimmetindeki alacağını bir şahsa vasıyet etse, sahîh ve mûsâ-leh müteveffânın nâibi olur. Nitekim, bir kimse sülüs-i malını diğer kimesneye vasiyyet edip de fevt olsa ve terekenin eşhas-ı sâirede alacakları bulunsa, bu vasiyyet sahîh olup, hatta mûsâ-leh olan kimesne vasiyyet edilen miktar düyûnu medyûnlardan mutâlebeye hakkı olur. *(Dürr-i muhtar ve Haniyye ve Tekmile)*

Mes'ele-i râbia, *Kunye*'de mezkûr olduğu üzre, ecnebî bir adam dâyine "Senin filan kimesne zimmetindeki alacağını bana hibe et yahut bana helal eyle yahut ol ala-

cağını benim için kıl." deyip de o da "Hibe ettim yahut helal ettim yahut kıldım." dese medyûn istihsânen berî olur. Amma dâyin ibtîdâen, yâni ecnebînin bu vechile talebi olmaksızın ol ecnebîye hibe etse medyûn berî olmaz. *(Hamevî)*

849. MADDE

[**Kable'l-kabz**] yâni mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu kabzetmezden evvel ehad-i tarafeyn yâni [**vâhib yahud mevhûbün-leh**] yahut ikisi de [**fevt olsa, hibe bâtıl olur.**] da ondan sonra teslîm ve kabz-ı mevhûb ile hibe sıhhate münkalib olmaz. *(Bezzâziyye)* Zîra henüz mülk sâbit değildir. *(Tahtâvî)*

Kable'l-kabz vâhib fevt olunca hibe bâtıl oldu. Zîra kable tamâmi'l-hibe mâl-i mevhûb, vâhibin vârisine intikāl etti. Bu sûretde vâhib-i müteveffânın sarâhaten kabza izni bulunsa bile mevhûbün-leh onu kabzedemez; ve kable'l-kabz mevhûbün-leh fevt olunca hibe bâtıl oldu. Zîra vâhib mevhûbün-lehe hibe ve ona îcâb etmişti. Yoksa vârisine hibe ve ona îcâb etmiş değil idi ki, onun hakk-ı kabûlü bulunsun. Nitekim bey'de dahi hüküm böyle idi. Şöyle ki, 181. madde şerhinde zikrolunduğu üzre hıyar-ı kabûl vârise intikāl etmeyeceğinden, bir kimse diğer kimesneye "Şu malı elli kuruşa sana sattım." dedikten sonra o kimesne o meclisde fevt olmakla orada hazır bulunan vârisi kabûl etse bey' mün'akid olmaz.

Mecelle'de kable'l-kabz ta'bîri mutlak olarak zikrinden anlaşılır ki, mâl-i mevhûb gerek deyn olsun; nitekim madde-i ânife şerhinde zikrolundu. Ve gerek ayn olsun; nitekim karîben îzâh olunur. Yâni iki sûrette dahi kable'l-kabz fevt ile hibe bâtıl olur.

Bu maddeye müteferri' bazı mesâil:

1. Mes'ele: Bir marîz maraz-ı mevtinde bir malını ecnebî birine hibe edip de kable't-teslîm fevt olsa, hibe olur. Zîra maraz-ı mevtde hibe her ne kadar, vasıyyet sülüs-i maldan mu'teber olması muktezî olup vasıyyetde teslîm dahi şart değil ise de, bu mu'âmele hakîkatde hibe olmakla tamâmiyyeti kabza tevakkuf eder. *(Redd-i muhtar)*

2. Mes'ele: Vâhib kable't-teslîm fevt olduktan sonra vârisi, hibe-i mezkûre nâmadır zannıyla mevhûbu mevhûbün-lehe teslîm ve o da kabzetse hibe tamâm olmaz. (72. maddeye bak.) *(Bezzâziyye)* Ve bu hibe bi't-te'âtî hibe kabîlinden dahi olamaz. Zîra bir şey bâtıl olduğunda onun zımnındaki şey dahi bâtıl olur.

Vâhibin hayatında veya ba'de'l-mevt kabz edildiği hakkındaki ihtilâf: Şu hâlde vâhibin vârisi "Bu malı mûrisim sana hibe edip kalbe't-teslîm ve'l-kabz vefât etikten sonra sen kabzetmiş idin." ve mevhûbün-leh "Hayatında kabzetmiş idim." diye ihtilâf ettiklerinde,

ayn gerek yed-i vârisde ve gerek yed-i müdde'î'l-hibede olsun, vâris lüzûm-ı hibeyi inkâr etmekte olmakla 76. maddeye mebnî söz onundur. *(Dürr-i muhtar ve Redd-i muhtar ve Minah)*[17]

850. MADDE

Âkıl baliğa olan hibede onun kabzı şarttır. Pederi veya zevci gibi diğerlerinin fuzûlen kabzı kâfî değildir. Bu cihetle [**Bir kimse kebîr**] veledine [**yâni âkıl ve baliğ olan oğluna**] veya kızına [**bir şeyi**] bu şey gerek ol kimsenin veya müstevda'ının yedinde bulunsun ve gerek gāsıbı veya müsteciri elinde bulunsun [**hibe**] ettiğinde, mevhûbün-leh olan veled ol kimsenin ıyalinde bulunsa bile vâhibin [**teslîm**]i [**ve**] mevhûbün-lehin [**kabzı lâzımdır.**] Yâni veled-i kebîre hibe lüzûm-ı teslîm ve kabzda ecnebîye hibe gibi olup, yoksa madde-i âtiye hükmünde olmamakla pederin yâni ol kimsenin mâl-i mevhûbu zâten kabzında bulunması yahut ba'de'l-hibe pederin tecdîd-i kabz etmesi kifâyet etmez. *(Molla Miskin)* (838. maddeye bak.)

Bu cihetle bir kimse konağını biri ıyalinde bulunan sağîr ve diğeri kebîr iki oğluna hibe etse, hibe-i mezkûre küllde fâsid olur. Zîrâ ol kimse hibe ettiği gibi madde-i âtiye hükmünce sağîrin hissesini kābız olup sonra bu madde vechile kebîrin bizzat kabzı lâzım olduğu cihetle, vakt-i kabzda hibe-i müşâ' olup bu ise fâsid olur. Amma iki kebîr oğluna hibe ve ikisine ma'an teslîm etse, câiz olur. Çünkü vakt-i kabzda şuyû' yoktur. *(Velvâliciyye fi'l-fasli's-sâni mine'l-hibe)* Nitekim 858. madde şerhindeki lâhıkada buna dâir tafsîlat verilecektir.

Yine bu cihetle, bir kimse baliğa bir kadına bir şey hibe ettiğinde, ol kadının zevci onu fuzûlî kabzetmekle, mezbûre kadın kabz-ı mezkûr ile ol şeyi mâlike olamaz.

Yine bu cihetle, bir kimse zevcesi için elbise biçtirse, mücerred biçtirmekle hibe tamâm olmayıp teslîm lâzımdır. *(Ankaravî)*

Yine bu cihetle bir kimse kebîre kızına esvâb biçtirse, teslîm etmedikçe hibe tamâm olmaz. Amma sağîre biçtirse mâlik olacağı madde-i âtiye şerhinde zikrolunuyor.

Bu maddedeki kebîr lafzı, âkıl ve baliğ diye tefsir edildi. Zîrâ onu 851. madde şerhinde zikrolunacağı üzre, oğlu sağîr bulunur yahut kebîr olup da cünûn-ı mutbık ile mecnun olur ise, bundaki hüküm madde-i âtiye vechiledir. Yâni o şey ol kimsenin yedinde veya müstevda'ı veya müste'îri nezdinde ise, mücerred îcâb ile hibe tamâm olub, teslîmi lâzım değildir.

---

17 قوله والعين فى يد الوارث هذا ليس بقيد لما فى الهندية قال المدعى عليه وهب لك والدى هذا العين فلم تقبضه الا بعد موته وقال الموهوب له قبضته فى حياته والعين فى يد الذى يدعى الهبة فالقول للوارث لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم لقبض, طحطاوى.

Hâdisetü'l-fetva: Bir sağîra hâkim tarafından cedd-i sahîhi vasi ta'yîn olundukdan sonra "cedd-i merkūm 974 madde mûcibince veliy-yi mücbir olmakla, hâkim tarafından onun vasî ta'yîn edilmesine ihtiyaç yok ise de" ol sağîr on sekiz yaşına resîde olarak ol vechile 986. madde hükmünce baliğ olmuş olup, fakat hâkim huzurunda rüşdü isbât etmeden cedd-i merkūm, yedinde bulunan bir malını hafîd-i merkūma hibe etse, bu madde vechile kabz lâzım mıdır, yoksa hafid-i merkūm vaktiyle taht-ı vesâyete alınmak sûretiyle bir nev' hacr edilmiş demek olup, henüz isbât-ı rüşd etmediği, yâni nefsü'l-emîrde reşîd ise de hâkim huzuruna varıp, henüz rüşdünü şuhûd ikāmesiyle isbât eylemediği cihetle sağîr hükmünde addolunarak, madde-i âtiye vechile o mal ceddin kabzında bulunması kâfî olup, hafid-i merkūmun kabzına muhtâc değil mi?

Fukahâ diyor ki sağîrden hacri ref' eden iki şeydir:

Birincisi: Velîsinin ona izin vermesidir.

İkincisi: Bülûğıdır. *(Tenkīh)* Sağîr baliğ olduktan sonra onun üzerine gayrin velâyeti kalmaz. Li-inkıtâı'l-velâyet bi'l-bülûğ. *(Dürr-i Münteka̅, Şerhu'l-Mülteka̅ fî bâbi'l-evliya ve'l-ikfâ)*[18]

851. MADDE

[**Sağîrin**] yahut sağîrenin babası veya ceddi gibi velîsi veya [**vasîsi**] velev ki sağîr bunların ıyalinde yâni hicr ve terbiyesinde bulunmasın [**yahut**] sağîr ve sağîrenin [**mürebbîsi yâni**] bunların [**hicr ve terbiyesinde bulunduğu**] sağîrin kardeşi, amcası ve dayısı gibi akrabadan ve kezâ ecânibden bir [**kimse gerek yedinde bulunan ve gerek diğerin nezdinde vedî'a**] veya âriyet [**olan**] ma'lûm [**malını ol sağîre hibe**] veya sadaka [**ettikde mücerred îcâb ile yâni yalnız "Hibe ettim." demesiyle ol sağîr**] ve sağîre [**ona mâlik olup**] kabûl ve [**kabza muhtâc değildir.**] Yâni .....ilâ âhirihi mürebbînin tefsiri olup, yoksa tefsir-i mezkûr vasîye aid değildir. Nitekim ânifen işâret olunduğu gibi âtîde dahi tafsîl olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Sağîrin: Sağîre hakkındaki hüküm dahi ber-vech-i meşrûh olmakla, eşmel olan madde-i ânifede olduğu gibi "tıflın" denilmek olduğu, tıfıl ta'bîri hem sağîre ve hem de sağîreye âmm ve şâmil olur. *(Abdülhalîm)* Fakat bu gibi mesâilde hükmün müzekker üzerine tertib edilmesi mü'ennesi, yâni kadını, hâric bırakmak için değildir. Belki müte'âref olduğu üzre, zükûrün inâs üzerine tağlîb olunmasından, yâni zükûrün ahkâmı beyân edilmekle inâsın ahkâmı dahi beyân edilmiş add ve

18 قال الطحطاوى الهبة للولد الكبير لا تتم الا بقبضه ولو كان فى عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور انتهى.

i'tibâr edilmesinden neşet etmiştir. İlm-i usul-i fıkıhta mezkûr olduğu vechin şer'in hitâbâtı dahi böyledir. *(Feth)*

Cünûn-ı mutbık ile mecnûn olan kimse dahi bu hükümde sağîr gibidir. *(Netice)*

2- Vasîsi: Sağîrin velîsi dahi bi-tarîkı'l-evlâ bu hükümde olmakla *Mecelle* velîsi veya vasîsi demiş olsa idi evlâ yahut vasîsi yerine velîsi diyerek vasîye dahi teşmil edeydi a'lâ olurdu. Bunda velîden maksûd, "baba" ve bulunmadığı takdirde "ced"dir. Ve tertib ber-vech-i atidir. Şöyle ki: Bu hak evvelen babaya aiddir. Sâniyen "baba" bulunmadığı yâni fevt veya gaybet-i munkatı'a ile gāib olmuş olduğu sûretde babanın ihtiyâr ve nasb etmiş olduğu vasîsi veya bu vasînin vasîsi. Sâlisen ölen babanın veya gāibin böyle vasîsi bulunmadığı sûretde sağîrin ceddi, yâni pederinin pederi. Râbi'an ced vefat etmiş veya gaybet-i munkatı'a ile gāib bulunmuş olduğu sûretde bu ceddin ihtiyar ve nasb etmiş olduğu vasîsi veya bunun vasîsi. Hâmisen hâkimin nasb ve ta'yîn etmiş olduğu vasîdir. (974. maddeye bak.) *(Mecma'u'l-enhur ve Dürr-i Münteka ve Tekmile-i Redd-i muhtar)* Yâni *Mecelle*'nin "vasîsi" ibâresinden maksûdu, vasiyy-i muhtâr ile vasyy-i mensûbdan e'ammdır.

Şerhan işâret olunduğu üzre sağîrin velîsinin gerek kendi nezdinde ve gerek müstevda'ının veya müste'îrinin yedinde bulunan malı sağîre yâni tıfla hibesi ale'l-ıtlâk sahîhdir. Yâni tıfl-ı merkūm velînin veya vasînin hicr ve terbiyesinde bulunsun, gerek bulunmasın.

3- Yahut mürebbîsi: 852. maddede mürebbî, velîye mukābil ma'nâda isti'mâl olunduğu gibi, burada dahi mürebbî velî veya vasî olmayan kimse ma'nâsında olması lâzım gelir. İmdi mürebbîsinin hibesi dahi ol vechile bilâ-kabz sahîh olur. Fakat iki şartla meşrûttur.

Şart-ı evvel: Tıfıl, ol mürebbînin hicr ve terbiyesinde bulunmalıdır. Hicr, "ha"nın fethiyle de, kesriyle de kırâ'et olunup cem'i hucûr gelir ki asıl ma'nâsı, insanın koltuğu altından keşahına yâni böğrüne kadar olan mahâlle ıtlâk olunup hicrinde demek terbiyesinde demek olmakla ve terbiyesinde denilmesiyle yâni atf-ı tefsiriyle buna işâret olunuyor. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve Tahtâvî)*. *Meccelle*'de bu şart "hicr ve terbiyesinde bulunduğu" ibâresiyle zikrolunuyor. Mürebbî gerek "kardeş" ve "anne" ve "dayı" gibi akrabadan biri olsun ve gerek mültekıt gibi ecânibden biri olsun hüküm birdir.

Bu cihetle meselâ sağîrin hicr ve terbiyesinde bulunmadığı akrabasından veya ecânibden bir kimse gerek kendi yedinde ve gerek diğerin nezdinde vedî'a olan malını sağîr-i merkūma hibe etse, mücerred îcâb ile sağîr-i merkūm ona mâlik olmayıp madde-i âtiye vechile hem kabûl hem de kabz lâzımdır.

Şart-ı sâni: Sağîrin velîsi veya vasîsi bulunmamalıdır. Zîra bunların sağîrin malında tasarrufa velâyetleri olmaması ve sağîrin malında tasarrufa velâyetleri olanlar mevcûd bulunması, bunlara hakk-ı kabzın sübûtunu men' eder.[19]

Vâk'â *Tahtâvî*, zâhir olan âtî 852. madde şerhinde beyân olunan ihtilâfın burada dahi cârî olmuş olduğunu beyân eylemiş ise de, bundan başka bunu söyleyeni görmedim. Bu cihetle sağîrin bâbası var iken hicr ve terbiyesinde bulunduğu bir kimesne yedindeki malını ona hibe etse bâbasının kabûl ve kabzı lâzımdır. Hatta bir kimse hicr ve terbiyesinde bulunan hafîdine, yâni oğlunun oğluna bir şey hibe edip, lâkin ol sağîrin bâbası var iken ona teslîm etmese hibe-i mezkûrenin hükmü yoktur. *(Netice ve Mültekā ve Mecma'u'l-enhur ve İnâye)*

Velînin bulunmamasından maksat vefâtı yahut gaybet-i munkatı'*a* ile gāib yâni mefkūd bulunmasıdır. *(Mine'l-mahâlli'l-mezbûr)*

4- Gerek kendi yedinde ve gerek diğeri nezdinde vedî'a olan: Bu ta'bîr min-vechin ihtirâzî değildir. Zîra müste'ârda, yâni ol kimsenin diğerin nezdinde âriyet bulunan malı hibede dahi hüküm böyledir. Şöyle ki: Mu'îr, diğer kimesneye âriyeten verdiği bir malı hicr ve terbiyesinde bulunan bir tıfıla hibe ettiğinde, mücerred îcâb ile tıfl-ı merkūm ona mâlik olup, tecdîd-i kabza hâcet yoktur. Zîra âriyet akd-i lâzım değildir. *(Bezzâziyye)*

Hulâsa, üç nev' malın hibesi mücerred îcâb ile tamâm olur. **Birincisi,** vâhib yedinde bulunan. **İkincisi,** vâhibin müstevda'ı nezdinde bulunan. **Üçüncüsü,** vâhibin müste'îri elinde bulunan maldır.

Ta'bîr-i mezkûr min vechin âhar ihtirâzîdir. Şöyle ki; mezkûr ta'bîr ile altı nev' mallardan ihtirâz olunuyor.

Birincisi: Fâsiden müşteri yedinde bulunan maldır. Yâni bir kimse bir malını bey'-i fâsid ile diğer kimesneye bey' ve teslîm ettikten sonra, mezkûr mal o kimesne yedinde iken ol kimse tıflına hibe etse câiz değildir. *(Mecma'u'l-enhur)* Yâni ba'de'l-fesh ve'l-mütâreke hibe etse demektir. Ve illa müşterinin malı tıfla nasıl hibe olunur. Nitekim 846. madde şerhinde nazîri zikrolundu.

İkincisi: Müşteri hıyâr-ı şartla muhayyer olarak bey' olunup da müşteriye teslîm edilen maldır ki, bâyi' bu malı tıflına hibe etse mücerred îcâb ile hibe tamâm olmaz.

19 ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا. فتح.

Üçüncüsü: Gāsıb yedinde bulunan maldır. Yâni meselâ bir kimsenin hayvanını diğer kimesne gasb edip de mezkûr hayvan yed-i gāsıbda iken ol kimse onu tıflına hibe etse, mücerred akd ile hibe tamâm olmaz. Zîra mezkûr hayvan gāsıb üzerine mazmûn olup, zamân ise ancak tefvît-i yed ile olacağından, ol hayvan hakīkaten onun yedinde bulunmadığı gibi hükmen dahi yedinde değildir. *(Mecma'u'l-enhur)*

Dördüncüsü: Mürtehin yedinde bulunan maldır. Şöyle ki; bir kimse malını borcu mukābilinde şahs-ı âhara rehin ve teslîm ederek şahs-ı merkūm yedinde iken ol kimse mezkûr malı tıflına hibe etse tamâm olmaz. Hatta muahharan rehin fekkolunsa bile tıfl-ı merkūm hibe-i sâbıkaya binâen ona mâlik olamaz.

Beşincisi: Müste'cir yedinde bulunan maldır. Şöyle ki bir kimse mülk hanını diğer kimesneye îcâr ve teslîm ederek, müddet-i icâre tamâm olmamakla mezkûr han henüz meste'cir yedinde iken, ol kimse mezkûr hanı tıflına hibe ettikden sonra fevt olsa, veresesi mezkûr hanı mîrâsa idhâl edebilirler. Amma müddet-i icâre münkazî olduktan sonra hibe etse, o sûretde hibe tamâm olur. *(Redd-i muhtar)* Nitekim bir kimse mülk tarlasını âharına bi'l-îcâr mezkûr tarla müste'cirin ekiniyle meşgul iken tıflına hibe etse sahîh olmaz. *(Hindiyye)*

Altıncısı: Mütteheb yâni mevhûbün-leh yedinde bulunan maldır. Şöyle ki, bir kimse malını bilâ-ivaz ecnebî bir kimesneye hibe ve teslîm ettikden sonra tıflına hibe etse, hibe tamâm olmaz. Hatta mâl-i mevhûbu, mevhûbün-leh-i evvelden bi'l-fesh, istirdâd etse bile, yine tıflı ona mâlik olamaz. *(Mecma'u'l-enhur ve Ali Efendi)*

Bu envâ'-ı sittede hibe tamâm olmasının sebebi şudur. Müşteri ile diğerlerinin kabzları kendi nefisleri için olmakla, bunlarda hibenin tamâmiyyetini mûcib olan kabz yoktur. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve Dürr-i Münteká ve Hindiyye)*

Vakıâ, müste'âr dahi müste'îrin menfa'ati için kabzedilmiş ise de, müste'âr ile me'cur arasında diğer sûretde fark vardır. Şöyle ki, icâre akd-i lâzım iken âriyet akd-i lâzım değildir.

5- Malını: Bu malın iki şartı haiz olması lâzımdır ki; **birincisi**, o mal ma'lûm olmalıdır. Hatta mechûl olursa hibe sahîh olmaz. (858. maddeye bak.) Zîra mechûlün temlîki sahîh değildir. (213. ve 449. maddelere bak.) Meselâ "Malımdan bir şeyi sana hibe ettim." dese câiz değildir. *(Ebussuud ve Tekmile-i Redd-i muhtar)* **İkincisi,** Bu malın sağîre nâfi' olması şarttır. Nitekim madde-i âtiye şerhinde îzâh olunur.

6- Hibe: Sadaka ahkâm-ı mezkûrede hibe gibidir. Şöyle ki: Bir kimse diğerin nezdinde vedî'a olan malını yahut baba, kendisinin sâkin olduğu menzilini tıflına tasadduk etse câiz olur. *(Bezzâziyye ve Hindiyye)* Nitekim baba, kendi ekiniyle mezrû' mülk arsasını tıflına tasadduk etse câiz olur; lâkin ekin kendisinin olmayıp müs-

te'cirin olur ise câiz olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)* Fakat, hibeden mâni'-i rücû' bulunmadığı hâlde rücû' olunabilir. *(Mine'l-mahâlli'l-mezbûr)*

7- Mücerred îcâb ile: Bunda iki hüküm vardır.

Hükm-i evvel, kabûlün lâzım olmamasıdır. Zîra bu bâbda asıl şudur ki; her akid ki, iki tarafına yâni hem îcâb hem de kabûl cihetine bir şahıs tevellâ ede, bu akidde yalnız îcâb kâfîdir. *(Redd-i muhtar)* Eğer bu akdi îkâ' eden kimse nefsinden asîl olur ibâre ile îcâbı söyler ise. (167. madde şerhine bak.)

Bu cihetle meselâ baba, tıflına yedinde veya müstevda'ı veya müste'îri nezdinde bulunan bir şeyi hibe ettiğinde, mücerred "Hibe ettim." demesi tamâmiyyet-i hibede kâfî bulunup, kabûle hâcet yoktur. Tıfl-ı merkūm gerek babanın ıyalinde bulunsun, gerek bulunmasın. Zîra bu mal babanın kabzında bulunduğu cihetle, sâğîrin kabzı menâbına nâib olur. Çünkü baba, sağîrin velîsi olmakla şart olan onun kabzıdır. *(Zeylaî ve Mecma'u'l-enhur ve Dürr-i Müntekā)*

Meselâ baba, "Mülküm olan filan dükkânım sağîr oğlumundur." dese hibe olup, mezkûr dükkân babanın yedinde bulunduğu takdirde hibe tamâm olur. Nitekim bir kimse âhar diyarda bulunan mülk menzilini sağîr veledine hibe ve huzzar-ı meclisi işhâd etse, hibe-i mezkûre tâmme olur. *(Kunye ve Fetevâ-yı Yahya Efendi)*

Yine bu cihetle bir kimse sağîr veledine elbise yaptırdıktan sonra, mezkûr elbiseyi başkasına veremez. Meğer ki vakt-i i'mal ve ittihazda âriyet olduğunu beyân ede. *(Bezzâziyye)* Zîra, bu bâbda mu'teber olan örf olup, örfen bundan sıle ve ihsân kasd olunur. Ma'a-zalik âriyete dahi ihtimal bulunmakla, âriyet olduğunu vakt-i i'malde beyân ederse âriyet; ve illâ hibe olur. (36. maddeye ve şerhine bak.) *(Velvâliciyye)*

Yine bu cihetle, bir kimse "Şu malı, sağîr oğlum için aldım." dese, sağîr ona mâlik olacağı gibi, bir kat elbiselik alıp da sağîr oğluna biçtirse, hibe tamâm olur. *(Ankaravî)*

Bu madde vechile olan hibede mevhûbun meşgul veya müşâ' olması, tamâmiyyet-i hibeyi ihlal eylemez. Şöyle ki: Bir kimse kendisinin sâkin bulunduğu yahut derûnunda eşyası mevzû' yahut diğer bir şahsın bilâ-ücret yâni âriyeten sâkin olduğu hanesini, yahut i'âreten üzerinde ekin bulunan arsasını yahut kābil-i kısmet mülkünün hisse-i şayiasını, yahut arz-ı mîrî üzerinde bulunan bahçesini, yahut mülk kürûmunu tıflına hibe etse, mücerred îcâb ile tıfıl ona mâlik olur. Zîra gerek bahçe, gerek yeri babanın kabzında olup, babanın kabzı dahi tıflın kabzı hükmündedir. Meselâ eşyasının hânede bulunması hibeye mâni' bulunmayıp, belki hibeyi mukarrerdir. *(Ebussuudü'l-Imâdî ve Ali Efendi ve Zeylaî ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*[20]

---

20 رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكنها جاز وعليه الفتوى, هنديه باختصار.

Hükm-i sâni, mevhûb, vâhibin yedinde bulunduğu veya diğerin nezdinde vedî'a olduğu şey olunca, onda tecdîd-i kabza hâcet mess etmemesidir. Zîra âtî 852. maddede zikrolunduğu üzre tıfla bir şey hibe olunduğunda, hakk-ı kabz bunların ve 846. madde mûcibince mevhûbün-lehin zaten kabzında bulunması kâfî olup, tecîd-i kabz gayr-i lâzım olmakla, başkaca kabza lüzûm yoktur. *(Hidâye ve Mecma'u'l-enhur ve Ankaravî)* Çünkü insanın kendi malında kabzı, kabz-ı emanet olduğu gibi, hibedeki kabzı dahi kabz-ı emanet olmakla, biri diğeri makāmına kāim olacağı mezkûr 846. madde şerhinde zikrolunmuş idi. *(Nihâye)*

İmdi vâhib yedinde bulunan malda mezkûr hüküm aşikâr olup; müstevda'ın yedinde bulunan mala gelince, müstevda'ın yedi dahi mâlikin yedi gibidir. Lâkin müste'îrin yedi mu'îrin yedi gibi olmadığı 787. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. Buna göre bu gibi müste'ârın hibesi câiz olmamalıydı diye sual vârid olur. Lâkin akd-i âriyet gayr-i lâzım olmasından dolayı bunun da hibesi câiz olduğu ânifen zikredildi.

Hafî olmaya ki, bir kimse kendi tıflına veya hicr ve terbiyesinde bulunan bir tıfla bir malı hibe ettiğinde, i'lam ve işhâd etmelidir. İ'lam kabz menzilinde olmakla onun vücudu lâzım olup, işhâda gelince: Hibenin sıhhatinde gayr-i lâzım ve bilâ-işhâd dahi sahîh ise de, ya vâhibin yahut mevti takdirinde sâir veresenin inkârlarına mahâl kalmamak için işhâd muktezîdir. *(Redd-i muhtar ve Bezzâziyye)*

852. MADDE

[**Bir tıfla**] yâni gerek mümeyyiz ve gerek gayr-i mümeyyiz sağîrin velîsinden ve vasîsinden ve sağîrin hicr ve terbiyesinde bulunduğu kimseden geyri bir şahıs ona [**bir şey hibe ettiğinde**] teslîm ve [**velîsinin yahut mürebbîsinin**] yâni sağîrin hicr ve terbiyesinde bulunduğu kimsenin [**kabzı ile hibe tamâm olur.**] Zîra sağîrin velîsi sağîr hakkında nef' ile zarar beyninde dâir olan ukūdu "bey' ve icâre gibi" icrâya mâlik olup, hibe ise nef'-i mahz olan ukūddan olmakla onu icrâya mâlik olması bi-tarîkı'l-evlâdır. *(Hidâye)*

Îzâhu'l-kuyud:

1-Tıfla: Bu ta'bîr sağîr ve sağîreye âmm ve şâmil olduğu gibi; mecnûn ve mecnûne ve ma'tuh ve ma'tuhede dahi hüküm minval-ı meşrûh üzredir.

2- Bir şey: Bu şey sağîre nâfi' mal olmalıdır. Hatta 853. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre ol şey iki gözü kör hımar olup da, bir işe yaramadıktan başka onu infâk etmek gibi sağîre meûnet lâhık olarak mazaratı bulunan bir şey hibe etse câiz olmaz. (58. maddeye bak.)

3- Hibe: Sadaka ve hediye dahi hibe gibidir. Bu vechile sağîre bir mal hibe olunduğunda, ol mal derâhim ve denânîr gibi gayr-i me'kûl ise, ebeveyni onu kendi umûrlarına sarf ile istihlâk edemezler. Meğer ki fakīr ve muhtâc bulunalar. (799. madde şerhine bak.) Ve eğer ıneb (üzüm) gibi me'kûl bir mal ise, bazı fukahâya göre, ebeveyni onu ekl edebilir.[21] Amma bazı fukahâya göre ekl edemezler. *(Ebussuud)*[22] Ve bu hâlde satılıp parası sağîrin umûruna sarf olunmalıdır.

4- Kabza: Bununla işâret olunuyor ki, o mal zaten velînin kabzında değil idi. Amma ol mal zaten meselâ velînin kabzında ise nazar olunur. Mezkûr mal ayn olunca mücerred kabûl ile tamâm olur. Madde-i ânifeye bak. Lâkin ayn olmayıp da deyn, yâni velînin zimmetinde sâbit olacak olunca ihtilâf-ı fukahâ vâki' olmuştur. Şöyle ki; kavl-i muhtâra göre kabz lâzımdır. Yâni velî zimmetindeki borcu sağîr nâmına kabzetmek lâzımdır. Diğer bir kavle göre kabz lâzım değildir. *(Minkārîzade ve Redd-i muhtâr)*

Meselâ bir kadın, zevci zimmetindeki mihrini şu zevcinden hâsıl olan oğluna hibe ve zevcini kabza taslît ettiğinde, mücerred kabûl ile kavl-i muhtâra göre hibe tamâm olmayıp amma zevc ba'de'l-kabûl mihr-i mezkûrü ifrâz ederek sağîr için kabzetse, ol hâlde tamâm olur. Ve *Kunye*'de zikrolunduğuna göre, ol vechile ba'de'l-ifraz kabzetmese bile ba'de'l-îcâb kabûl ile hibe tamâm olup, taslît bi'l-kabza hâcet olmadığı gibi ifrâz ve kabza da hâcet yoktur. *(Hamevî fî Şerh-Eşbâh)* Velînin kabzıyla hibe tamâm oldu. Zîra 974. madde vechile tıflın malında hakk-ı tasarruf velînin olup, kabz-ı hibe dahi sağîrin malında hakk-ı tasarruf bâbındandır. Tıfıl, gerek velîsinin hicr ve terbiyesinde bulunsun ve gerek bulunmasın. Onun kabzıyla hibe tamâm olur. *(Zeylaî)*

Buradaki velîden maksûd dokuz kimsedir ki bunlar dahi; 1-Eb (baba), 2-Vasîyyü'l-eb, 3-Vasîyyü ebi'l-eb, 4-Ced, yâni ebü'l-eb, 5-Vasîyyü'l-ced, 6-Vasîyyü vasîyyi'l-ced, 7-Hâkim, 8-Vasîyyü'l-hâkim, 9-Vasîyyü vasîyyi'l-hâkimdir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)* Ve bunların velâyetleri dahi bu tertib üzredir. Şöyle ki; meselâ vasîyyü'l-eb mevcûd iken ceddin velâyeti yoktur. Bu cihetle bir kimse fevt olup da vasîsi ile pederini terk ettiğinde vasîy-i merkūm müteveffânın pederinden sağîre velâyetde evlâdır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr kubeyle'l-vekâle bi'l-husume)*

Meselâ sağîrin pederi mevcûd iken ecnebî biri tarafından sağîr-i merkūma bir mal hibe edildiğinde ol sağîrin ceddi, yâni pederinin pederi mezkûr hibey'i kabzetse, hibe tamâm olmaz. Eğer sağîr-i merkūm bu ceddin iyâlinde değil ise. Zîra babadan muahhar velîlerin tasarrufları berâ-yı zarûret olup, hâlbuki babanın huzûru hâlinde zarûret yoktur. *(Hindiyye ve Bahr ve Kā'idiyye ve Tekmile-i Redd-i muhtâr)* (23. maddeye bak.)

---

21 لان الاهداء اليهما وذكر الصبى لاستصغار الهدية.

22 قاله اكثر ائمة بخارى طحطاوى.

Mevcûd olmaktan maksûd huzurdur. Binâenaleyh, baba gaybet-i munkatı'a ile gāib olduğu sûretde velâyet-i mezkûre mâ ba'dine intikāl eder. Çünkü gāibin gelinceye kadar te'hir, sağîrin menfa'atini tefvîte bâ'is olacağından, velâyet mâ ba'dine intikāl eder. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Mürebbînin kabzıyla dahi hibe tamâm oldu. Zîra mürebbîsinin, sübût-ı yedine binâen tıflı hıfza ehakk olduğu gibi, me'kûlât ve melbûsât için lâzım olan malın tahsili dahi, hıfzın zarûrâtından olmakla mürebbîsinin dahi tasarruf-ı nâfi'a velâyeti vardır. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr).*

İşte bâlâda derecâtı muharrer bulunan velîler fevt yahut gaybet-i munkatı'a ila gāib olunca mürebbînin kabzı kâfî ise de, mârru'z-zikr velîlerden biri mevcûd olunca mürebbînin kabzı kâfî midir?

Bunda ihtilâf-ı fukahâ vâki' olmuştur. ***Bercendî*** ve ***Kuhistânî*** ve ***Velvâlicî*** gibi bazı fukahâ kâfî olması cihetini tercîh ettikleri misillü ***Kadıhan***; sahîh ve müftâ-bih olan bu olduğunu zikir ve beyân eylemiştir ki, müşârun-ileyh, tashihine i'timad olunur fakihü'n-nefs bir zat-ı âlî-sıfat olmakla tashîhinden udûl olunmayacağını Allame-i Kāsım beyân eylemiştir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*[23]

Mecelle dahi burada mes'eleyi mutlak olarak zikreylemiş yâni mürebbînin kabzının sıhhati velînin adem-i huzuru kaydıyla takyîd eylememiş olmakla 64. maddeye binâen ***Mecelle***'de bu kavil kabûl edilmiştir; denilebilir.

Binâenaleyh, bir sağîr cedd-i sahîhinin ıyâlinde bulunduğu hâlde ecnebî birisi sağîr-i merkūma bir malı hibe ve ceddi dahi kabûl etse sahîh olup, cedd-i merkūmun kabzıyla hibe tamâm olur. Velev ki sağîr-i merkūmun pederi ber-hayat ve hazır buluna. Nitekim bir sağîr; kardeş, anne ve vasî ve ecnebî gibi birinin ıyâlinde yâni terbiyesinde bulunup, sağîr-i merkūma birisi bir malı hibe etse, bunların kabzıyla hibe tamâm olur. Velev ki sağîr-i merkūmun baba ve ceddi gibi velîsi ber-hayât ve hazır buluna. Nitekim sağîre bir kız, ere tezvîc ve zevcine zifâf olunarak zevci ıyâlinde iken birisi ona bir malı hibe etse zevcinin kabzıyla hibe tamâm olur. Velev ki baba hazır buluna. Zîra baba, sağîre-i mezbûreyi hıfzda zevc-i merkūmu kendi makāmına ikāme eylemiş olup, kabz-ı hibe dahi hıfzdandır. Ve bu hibeyi baba dahi kabzetse yine tamâm olur. Zîra velâyet babanındır. *(Zeylaî)*[24]

Amma zevc-i merkūmun sağîre-i mezbûrenin alacaklarını kabza hakkı ve salahiyyeti yoktur. *(Tahtâvî)* Nitekim kable'z-zifâf dahi zevcin kabz-ı hibeye hakkı yoktur.

---

23 قال شيخ الاسلام جواهر زاده فى مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبى والاب والجد والاخ وقالوا يجوز هؤلاء عن الصغير اذا كان فى عيالهم وان كان الاب حاضرا, فتح وهو المختار وانه صحيح وانه به يفتى, طحطاوى.

24 سواء كان ممن يجامع مثلها اولا فى الصحيح, بحر.

Hidâye ve Tecrîd ve Cevhere ve Bahr ve Minah ve Şerh-i Mecma'da, kâfî olmaması ciheti tercîh edilmiş ve bunların yâni velî bulunmayanların tasarrufu berâ-yı zarûrettir. Yoksa, tefvîz, baba ile olmamakla, ma'a-huzurı'l-eb zarûret yoktur, demişlerdir. *(Cevhere ve Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Dürer-i Münteká)* (22. maddeye bak.)

5- Velîsinin ve mürebbîsinin kabzı denildi. Zîra bunlar kabzetmeyip de âhar bir şahsın kabzetmesinin hükmü yoktur. Şöyle ki; bir tıfıl, Zeyd'in hicr ve terbiyesinde iken, ecnebî bir şahıs tarafından ona bir mal hibe olunup da diğer bir ecnebî bu hibeyi tıfıl namına kabzetse hibe tamâm olmaz.

853. MADDE

[**Sabî-yi mümeyyize**] yahut sabiyye-i mümeyyizeye nâfi' [**bir şey**] yâni bir mal [**hibe olundukda**] pederi gibi [**velîsi**] yahut mürebbîsi [**olsa bile kendisinin**] kabûl ve [**kabzıyla hibe**] istihsânen [**tamâm olur.**] Zîra kabz-ı mezkûrde sağîr için nef'-i mahz bulunup sağîr ise 961. maddede beyân olunduğu üzre kendisi içün nef'-i mahz olan şeye mübâşerete ehildir. *(Hidâye ve Kifâye)* Vech-i istihsân şudur: Akl-ı mümeyyizin adem-i i'tibârı, aklının adem-i itîdâ'li hasebiyle zâhir olan avâkıb-ı umûra nazarı tam olmamaktır.

Binâenaleyh tasarruf-ı muzırrın reddi "sağîrin âhara hibe etmesi gibi" sağîr-i merkūmun nef'i için olduğu gibi, beyne'n-nef' ve'z-zarar dâir olan bey' gibi tasarrufun reddi dahi sağîr-i merkūma nazar içindir. Hatta beyne'n-nef' ve'z-zarar dâir olan tasarrufun icâzetinde velîsi menfa'at gördüğünde hakk-ı icâzeti vardır. Bir tasarruf ki, sabi hakkında nef'-i mahz olur, bunda nazar ve fâide yâni sağîre menfa'at onun nüfûzunda olup, yoksa sağîre nef'-i mahz bulunan şu tasarrufu yâni kabûl ve kabz-ı hibeyi redde hikmet ve fâide yoktur *(Zeylaî)*

Sağîr-i mümeyyiz 943. maddede ta'rîf olunmakla berâber bu mebhasteki mümeyyizi Zeylaî "tahsili yâni cem'i ve ele getirmeği akıl ve idrak eden kimse" diye tefsir eylemiştir.

Sual: Sabînin aklı ya mu'teberdir, ya değildir. Mu'teber değil ise kendi kabzıyla hibe tamâm olmamak lâzım gelip, amma mu'teber ise, kendisinin ehliyyeti var iken hâlefe yâni velîsinin kabzına i'tibâr edilmemek iktizâ ederdi.

Cevâb: Nef'-i mahzın tahsilinde aklı mu'teberdir. Kendi fi'liyle berâber halefe i'tibâr edildiğinde, sağîr için tahsil-i menfa'at hakkında diğer bir kapı küşad edilmiş olacağından, bunda tevfîr-i menfa'at olmakla câizdir. *(Aynî)*.

Îzâhu'l-kuyud:

1- Mümeyyize: Bu ta'bîr; bir i'tibâr ile ihtirâzî olmayıp mümeyyizeye hibede dahi hüküm böyledir. Lâkin er ile kadın arasında müşterek bulunan bu gibi mesâilde

fukahâ er kişiyi zikr ile iktifa ederler. Diğer bir i'tibâr ile kayd-ı ihtirâzî olup sabî-yi gayr-i mümeyyizden ihtirâz olunuyor. Şöyle ki; sabî-yi gayr-i mümeyyize bir şey hibe olunduğunda, onun kabzıyla hibe tamâm olmaz. *(Hamevî)* Belki madde-i ânifede beyân olunduğu vechile velîsi veya mürebbîsi kabzetmelidir.

2- Nâfi': Bu kayd ihtirâzî olup, sağîr-i gayr-i mümeyyize nâfi' olmayıp belki vâhibin hanesindeki türâb gibi bir şey olup da bulunduğu mahâlde bey' olunduğunda, hiçbir para etmeyeceği gibi başka mahâlle naklolunacak olduğunda fâidesinden ziyâde masraf vukū' bulmak mazarratını dâ'î olur ise, hibe-i mezkûre sahîhe olmayıp, mevhûb vâhibe redd ve terk olunur. *(Hamevî)*

Nitekim sağîr-i mümeyize, iki gözü kör bir hımar gibi menfa'ati olmadıktan başka me'ûnet-i ittifak lâhık olan şey hibe olunduğunda, kabûlü sahîh olmayıp vâhibe redd olunur. *(Ebussuud ve Şürünbülâlî)*

3- Hibe: Hediye ve sadakada dahi hüküm böyledir. Fakat bu ta'bîr ile edâ-yı deynden ihtirâz olunuyor. Şöyle ki sağîr-i mümeyize medyûn olan bir kimse borcunu sağîr-i merkūma teslîm etse deynden berî olmayacağı cihetle edâ-yı deyn bu bâbda hibeye makīs değildir. *(Hamevî)* (896. maddeye bak.)

4- Velîsi olsa bile: Bu ta'bîr ile yani velî ibâresiyle işâret olunuyor ki, bu madde vechile sağîr-i mümeyyize bir şeyi hibede, onun kabzıyla hibe tamâm olduğu gibi, velîsinin veya mürebbîsinin kabzıyla dahi hibe tamâm olur. Bu cihetle sabî-yi mümeyyiz için tahsil-i nef'in iki tarîkı hâsıl olmuş ve sağîre ait menfa'at tevfir edilmiş olur. *(Zeylaî)*

5- Kabûl ve kabzıyla: Sağîr-i mümeyyiz kendisine hibe olunan malı ber-vech-i mezkûr kabûl edebileceği gibi sağîr-i merkūm redd etse merdûd dahi olur. Çünkü şu redd sağîr için sâbit olan bir hakkın ibtâline müeddî olmayacağı cihetle, sağîr-i merkūm ona yâni redde mâlik olur. *(Hamevî fi'l-hibe)*

Sual: Sağîre hibe îcâb olunduğunda, hakk-ı kabûl sâbit; ve redd ettiğinde bu hakkın ibtâline müeddî olur.

Cevâb: Hakk-ı kabûl, hakk-ı mâlî olmayıp, hukuk-ı mücerredden ibârettir. Lâkin sağîr-i mümeyyize bir mal hibe olunup da sağîrin velîsi şu hibeyi reddetse , zâhir olan şu redd sahîh olmamaktır. Reddin adem-i sıhhati hibe tamâm olur ma'nâsında değildir. Zîra bi-dûni'l-kabûl hibe mün'akid olmaz. Belki bunun ma'nâsı şudur:

Velî, mezkûr hibeyi redd etse de sonra sağîr-i mümeyyiz meclis-i hibede kabûl etse sahîh olur. *(Redd-i muhtâr ve Tahtâvî bi-ziyâdetin)*

Bu madde vechile, sağîre bir mal hibe olunduğunda, hibeden rücû' olunabileceği cihetle, hakk-ı rücû'u iskāt için mâl-i mevhûb hâkim tarfından bey' edilmelidir.[25] Çünkü bu vechile bey' edilmekte sağîr için fâide vardır. Yoksa iskāt olunmasa bâyi'a hakk-ı rücû' için mâl-i sağîrden ivaz verilemez. Nitekim, 855. madde şerhinde îzâh olunur. *(Ankaravî)*

854. MADDE

[**Hibe-i muzâfe**] yâni gelecek bir vakitden itibâren hibe [**sahîh değildir.**] Zîra 82. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre, ale'l-umum temlîkâtın izâfesi ve şarta ta'lîkı sahîh değildir.

[**Meselâ gelecek ay başından**] veya yarından [**itibâren şu malı sana hibe ettim**] ve mevhûbün-leh dahi kabûl eyledim [**dese sahîh olmaz.**] Nitekim rukbâ dahi hibe-i muzâfe olmakla sahîh değildir. *(Tahtâvî ve Dürer)*

Rukbâ: Bir kimse malını, fevtinden sonra diğerine temlîk etmektir ki, ol kimsenin zemân-ı fevtine muzâf olarak temlîk olur.

Rukbâ, intizar ma'nâsına olan irtikabdan me'huz olup, guya mevhûbün-leh vâhibin fevtine muntazır olur. *(Zeyla'î)* Yâni bir kimse diğer kimesneye "Ben senden evvel fevt olur isem bu mal senin olsun ve sen benden evvel fevt olur isen bu mal benim olsun." demektir. Gûya her biri diğerin fevtine intizar ediyor. Tarafeyn'e göre mevhûbün-leh mâl-i mevhûba mâlik olamaz ki, Ali Efendi dahi bu vech üzre iftâ eylemiştir. Lâkin Ebû Yusuf bunun sıhhatine kāil olmuştur. *(Haniyye)* Inde Ebû Yusuf bunun sıhhatinin ma'nâsında iki ihtimal vardır. 1- Şu mukavele tamâmen sahîh olmasıdır. Bu hâlde hangi biri vefât ederse o malın diğerine kalması lâzım gelir. 2- Hibe sahîh ve şart bâtıl olur. Yâni vâhibin hibesi sahîh ise de, mevhûbün-leh evvelce vefât ederse, mevhûb vâhibe avdet eylemez. Zâhir olan şu ikinci ma'nâ maksûddur. *(Şarih)*

Fakat tarafeyne göre mevhûb yed-i mevhûbün-lehde âriyet olacağından mezkûr malı dâfi' veya ba'de vefâtihi vârisi istirdâd edebilir. *(Hidâye ve Abdülhalîm)* Çünkü bu söz, âriyete de hibeye de muhtemel olmakla hibe a'lâ olup, şekk ile a'lâ tarafı sâbit olamayacağına mebnî ednâ olan âriyete haml olunur. *(Mecma'u'l-enhur)*

Bu maddedeki muzâfe, mu'allakadan ihtirâz için değildir. Zîra, vücud bulmasına da bulmamasına da muhtemel olan şarta mu'allak olarak hibe sahîh değildir. Mâl-i mevhûb; gerek ayn ve gerek deyn olsun.[26]

---

25 وانظر ما حكمه وان نظرنا الى ما عللنا به كان واجبا ان تيقن الرجوع وكان الاب ونحوه فى حكم القاضى ويحرر طحطاوى.

26 قال صاحب التمر لغيره هو لك ان ادرك او قال اذا كان غد فهو جائز. (هنديه فى الباب الثامن)

Ayna misâl: "Filan kimse şu haneye girer ise veya filan şahıs seferden gelir ise şu malı sana hibe ettim." dese hibe sahîh değildir. *(Azmizâde)*

Deyne misâl: "Yarın geldiğinde benim sende alacağım olan bin kuruş senin olsun." veya "Ondan sen berîsin." veya "Bir nısfını verdiğinde diğer nısfından berîsin." veya "Diğer nısfı senin olsun." dese bâtıl olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)* Nitekim zevce, zevcine; "Bu hastalıktan vefât eder isen mihrim sana helal olsun." dese bâtıl olduğu gibi, zevce-i marîza, zevcine "Bu hastalıktan vefât eder isem mihrim sana sadaka veya helal olsun." dese bu söz bâtıl ve mihir ke'l-evvel bâkī olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Şu kadar var ki, dâyin medyûnuna "Ben ölür isem sen deynden berîsin." veya "Deyn sana helal olsun." dese sahîh ve vasıyyete haml olunacağı gibi, şart kâine ta'lîk ediliyorsa, tencîz olur. Şöyle ki dâyin medyûnuna "Benim sende alacağım var ise sen berîsin." dese sahîh ve ibrâ tam olur. *(Dürr-i muhtâr fî mesâile şettâ)*

Amma hibe-i muzâfe ta'bîri, umrâdan ihtirâz içindir. Zîra umrâ sahîh olup hibe-i muzâfe değildir.

Umra, bir kimse diğer kimesneye "şu hanemi sen hayatta oldukça sana verdim vefâtından sonra bana redd edilmek üzre" yahut "şu hanemi ben hayatta oldukça sana verdim vefâtımdan sonra vereseme redd edilmek üzre" demektir. İşte ber-vech-i bâlâ vukū' bulan temlîk câiz olup mevhûbün-leh fevt olsa dahi, mâl-i mevhûb vâhibe veya vârisine redd edilmeyip mevhûbün-lehin veresesine intikāl eder. *(Dürer)* Zîra umrâ, muammerün-lehin vefâtından sonra istirdâd şartıyla fi'l-hâl temlîk olduğu cihetle temlîk sahîh ve şart bâtıl olur. Çünkü hibe, şurût-ı fâside ile bâtıl olmayan ukūddandır.[27] (83. madde şerhine bak.) *(Zeylaî ve Ebussuudü'l-Mısrî ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni)*

Nitekim, vâhib fevt olduğunda, mâl-i mevhûb mevhûbün-lehin olup vâhibin veresesine redd edilmez. *(Dürer)*

Umrâ, akārda olabileceği gibi menkūlât ve hayvanâtda dahi olabilir. *(Abdülhalîm)*

855. MADDE

[**İvaz şartıyla olan hibe**] ve sadaka [**sahîh ve şart mu'teberdir.**] Zîra 83. madde hükmünce bi-kaderi'l-imkân şurûta mürâ'ât olunmak lâzımdır.[28]

1- İvaz lafzı burada mutlak olarak mezkûr olmakla anlaşılıyor ki, gerek hakīkaten ivaz olsun; *Mecelle*'nin âtî'z-zikr iki misâlinde olduğu gibi ve gerek hükmen ivaz olsun; birlite süknâ ve adem-i tatlîk ve terk-i zulüm gibi ki, bu maddenin şerhi âhirinde îzâh olunur.

27 والاصل فى هذا ان كل عقد من شرطه القبض فان الشرط لايفسده كالهبة والرهن.

28 والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض, هنديه فى الباب السابع.

2- Şartıyla, bundaki şarttan maksad şart-ı takyîdîdir. (82. madde şerhine bak.) Bunun tafsîli şudur: Hibede şart zikrolunduğunda, mezkûr şart ya ta'lîkī olur ki bu da "in" yahut "ise" gibi elfâz ve edat-ı şart ile zikrolunur. Şu hibe bâtıldır. Mevhûb gerek ayn olsun; şöyle ki: Bir kimse birine "Beni ölenece besler isen..." yahut "Beni ölenece görüp gözetir isen senin olsun." yahut zevce, zevcine "ölünceye dek benimle hüsn-i muâşeret eder isen senin olsun." diye bir akārı verse şu hibe bâtıldır. *(Ankaravî ve Netice)* Ve mevhûb gerek deyn olsun; şöyle ki meselâ hasta bulunan bir kadın zevcine "Eğer bu hastalıktan fevt olur isem zimmetinde olan şu kadar kuruş mihrim senin olsun." diye hibe eylese sahîh olmaz. *(Netice)* Zîra 82. madde şerhinde zikrolunduğu üzre temlîkâtın şarta ta'lîkı bâtıldır. Hatta bu hibede ivaz şart edilip de, ivaz-ı meşrût vâhibe i'tâ ve teslîm kılınsa bile hibe sıhhate mühkalib olmaz. *(Feyziyye)* (52. maddeye bak.)

Ve mezkûr şart veya takyîdî olur ki, şart-ı mezkûr "alâ" kelimesiyle ve "üzere veya şartıyla" ibâresiyle zikrolunur. "Şu rubayı bana ivaz vermen üzre bu malı sana hibe etim." yahut "***vehebtüke haze'l-mal alâ en tü'avvizenî hâze's-sevb***" denilmek gibi. *(Dürer)* Şu iki şart dahi hibeyi ihlâl eylemez. Fakat şartın mu'teber olmasında tafsîlat-ı âtiye vardır.

Şart-ı takyîdî ile hibe iki kısımdır:

Kısm-ı evvel: Şart-ı mezkûrün mülâyim olmasıdır. Şu hibe ve şart sahîhdir. *Mecelle*'de beyân olunan budur. Nitekim emsilesi *Mecelle*'de zikrolunuyor.

Kısm-ı sâni: Şart-ı mezkûrün muhâlif yâni gayr-i mülâyim olmasıdır. Bu takdirde hibe sahîh fakat şart bâtıldır. Şurût-ı fâside ile bey' fâsid iken hibe fâsid olmuyor. Zîra şart-ı fâsid ribâ ma'nâsında olup, ribâ ise muâvezâtta cârî olup yoksa hibe gibi teberru'âtda cârî olmaz.[29]

Bu cihetle, bir kimse bir malı diğer kimesneye hibe ve teslîm etse, şu şart ile ki, o şahıs mezkûr malı diğer bir adama hibe ve teslîm yahut bey' etmeye, hibe sahîh ve şart bâtıl olur. *(Tenkīh ve Hindiyye)*

Yine bu cihetle, bir kimse yeri dahi mülk bağını ölünceye dek mahsûlünü kendi almak yahut hânesini ölünceye kadar kendisi sâkin olmak üzre hafîdine hibe ve teslîm etse, hibe sahîh ve şart bâtıldır. *(Ali Efendi)*

Yine bu cihetle vâhib hibesinden rücû' etmek şartıyla hibe etse, hibe sahîh ve şart bâtıl olduğu gibi; bir kimse bir malını diğer kimesneye hibe veya sadaka ve teslîm etse, şu şart ile ki; mezkûr malın sülüsü veya rub'ı gibi bir miktarını kendisine geri vere, yâni redd ede,

29 ولانه صلى الله تعالى عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر فى رجوعها بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له, عنايه.

hibe ve sadaka sahîh ve şart bâtıl olup o kimesne mezkûr maldan hiçbir miktarını redde yahut buna bedel ivaz vermeğe mecbur değildir.

Yine bu cihetle, bir kimse diğer kimesneye bir hâne hibe ve teslîm eylese, şol şartla ki; mezkûr hânenin mu'ayyen veya gayr-i mu'ayyen bir cüzünü ivaz olmak üzre vâhibe vere. Hibe sahîh ve şart bâtıldır. *(Hindiyye)*

İvaz-ı hakîkiye misâller:

1- [**Meselâ bir kimse şu makule**] yâni ma'lûm [**ivaz vermek yahut kendisinin ma'lûmü'l-miktar deynini edâ etmek şartıyla birine bir şey hibe ettiğinde, mevhûbün-leh ol şarta riâyet eder ise**] yâni mezkûr ivazı verir yahut ol deynini edâ eyler ise [**hibe lâzım**] yâni 868. maddede beyân olunduğu üzre artık şu hibeden rücû' mümteni' [**olur.**] Mevhûbün-leh gerek ecnebî olsun ve gerek 866. maddede muharrer ekāribden biri bulunsun. Lâkin şu hibenin lüzûmu ivazının tekābuzuyla olup, yoksa bey' gibi mücerred îcâb ve kabûl ve taahhüd-i ivaz ile değildir. (868. maddeye bak.) Yâni vâhib ivaz şartıyla bir malı hibe ve teslîm eder ve mevhûbün-leh dahi o malı kabzettikden sonra meşrût olan ivazı vâhibe i'tâ ve teslîm ve o da kabz ve tesellüm eyler ise iki cihetden dahi hibe lâzım olur da vâhib mevhûbu istirdâd edemeyeceği gibi, mevhûbün-leh dahi ivazı istirdâd edemez.

Amma bi-dûni't-tekābuz hibe lâzım olmaz. Şöyle ki meselâ vâhib ile mevhûbün-leh buna yâni hibe ve ivaza ittifak edip de fakat mevhûbün-leh ivazı henüz vâhibe teslîm etmemiş olunca, mevhûbün-leh ivazı teslîm etmeğe hazır ve müheyyâ bulunsa bile şu hibe lâzım değildir. Vâhib ivazı kabûl etmeyerek hibesinden rücû'a muktedir olduğu gibi mevhûbün-lehin ivazdan rücû'a salahiyyeti vardır. Velev ki vâhib, mâl-i mevhûbun teslîmine râzı buluna. Nitekim bir kimse, şu makūle eşya ivaz verilmek üzre anasına bazı eşya hibe ve teslîm eylediği hâlde, anası eşya-yı mezkûreyi vermeyince, ol kimse dahi hibesinden rücû' edebilir. *(Ali Efendi)* Bu vechile, mevhûbün-leh şarta riâyet etmeyince, vâhibin dahi hibesinden hakk-ı rücû'u bulunmakla mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu istihlâk etmiş ise, ivaz-ı meşrûtu i'tâ etmesiyle mevhûbün-lehe emrolunur. Verir ise fe-biha; vermez ise mevhûbün-leh istihlâk etmiş olduğu mevhûbun bedelini zâmin olur. Yoksa mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu istihlâk etmesiyle, vâhibin hakk-ı rücû'u kalmadı denilmez. *(Ali Efendi, Hindiyye)*

Elhâsıl, hibe bi-şartı'l-ivazda, ivaz ma'lûm ve "alâ" kemilesiyle mezkûr olunca; lafza nazaran ibtîdâen hibe, ve ma'nâsına nazaran intihâen bey'dir.[30] Maraz-ı mevtte hibe gibi. Bu hibe, ibtîdâen hibe i'tibâr edildiğinden kabz lâzım ve şüyû', mâni'-i tamâmiyyet addolundu. Ve intihâen vasıyyet i'tibâr edildiğinden, ba'de'd-deyn sülüsden mu'teber kılındı. (877. madde şerhine bak.) Amma ivaz "ba" harfiyle zikrolunur ise meselâ "***vehebtüke haze's-sevb***

---

30 لانه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معني وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وامكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبيهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما, عنايه.

bi-mâlike hâzâ " yâni şu malın mukābilinde bu rubayı sana hibe ettim deyip, o da kabûl etse; akd-i mezkûr hibe olmayıp ibtîdâen ve intiha'en bey'dir. *(Dürer)* (3. maddeye bak.)

Hibe bi-şartı'l-ivazın ibtîdâen hibe olması üzerine âtî'z-zikr beş mes'ele teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: İvazeynde tekābuz şarttır. Yâni meclis-i hibede mutlakan ve meclis-i hibenin gayrisinde izn-i sarîh ile kabz lâzımdır. Kable'l-kabz mülk sâbit olmayacağından, iki taraf da teslîmden imtinâ' edebilir. *(Tahtâvî)* Nitekim, 837. madde şerhinde tafsîl olundu.

Sâniyen: Kābil-i kısmet olan malda bi-şartı'l-ivaz hibe dahi şüyû' ile gayr-i sahîh olur. Bu cihetle kābil-i kısmat bulunan müşâ'ın bir kısmını bi-şartı'l-ivaz hibe etse bâtıl olur. *(Ebussuud)* Yâni kābil-i kısmet bulunan bir malın nısfı bi-şartı'l-ivaz hibe edilip de müşâ'an teslîm kılınsa, hibe tamâm olmayacağı gibi kābil-i kısmet bir malın nısfı ivaz verilse hibe tamâm olmaz. *(Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)*

Sâlisen: Babası, sağîr veledinin malını bi-şartı'l-ivaz hibe etse, İmam-ı A'zam Ebû Yusuf'a göre câiz değildir. Bu ivaz gerek hâlen verilmesi meşrût olsun ve gerek bir müddet sonra i'tası mukavele edilmiş bulunsun. Velev ki ivaz-ı mezkûr, mâl-i mevhûbdan ekser olsun. Çünkü ibtidâen teberru' olup "baba" ise sağîr veledinin malını teberru' edemez. *(Zeylaî ve Tahtâvî)* (58. maddeye bak.)

Râbi'an: Hıyâr-ı gabn ve tağrîr ve kıllet-i ivazdan dolayı hibe feshedilemez. *(Redd-i muhtâr)*

Hâmisen: Miktar-ı ivazda ihtilâf olunsa tehâlüf cârî olmaz. Nitekim lâhika-i âtiyenin mebhas-i evvelinde beyân olunur.

İntihâen bey' olmasına ati'z-zikr iki mes'ele teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: Ba'de't-tekābuz akid sahîh olup bey' hükmünde olur. Binâenaleyh gerek ivaz ve gerek ma'ûz hıyâr-ı ayb ve hıyâr-ı rü'yet ile redd olunabilir. *(Tahtâvî)*

Sâniyen: Akār ise gerek ivaz ve gerek ma'ûz bi'ş-şuf'a ahz olunur. (1022. maddeye bak.)

Amma ivaz gayr-i ma'lûm yâni mechûl olunca, ibtîdâen hibe olduğu gibi intihâ'en dahi hibe olur. *(Ebussuud ve Redd-i muhtâr)* Zîra mechûl ivaz şartı bâtıl olup, şart-ı fâsid ile ise hibe fâsid olmaz. *(Dürer ve Abdülhalîm ve Feth)*

Muhaşşi'd-*Dürer* Azmi-zâde diyor ki, *Dürer*'in şu beyânı *Hâniyye*'de mezkûr olana muvâfık ise de Halvânî'nin "Ta'yîn edilmeyen ivaz şartıyla olan hibe câizdir. Zîra hibe, ivaz-ı mechûlü iktizâ eder. Ve ivazda kavl yâni söz ma'ûzun, yâni mevhûbün-lehindir." diye beyânına muhâlifdir. İnteha.

Şu misâli âtîde dahi ivaz mechûldür. Zîra ne vakit öleceği ma'lûm olmadığı gibi ne sûretle ve ne i'tâm ve iksâ ile besleneceği dahi ma'lûm değildir.

2- [**Kezâlik bir kimse ölenece kendisini beslemek şartıyla mülk akārını**] veya menkūl malını[**birine hibe ve teslîm ettikde mevhûbün-leh şart-ı mezkûr üzre vâhibi**] bir müddet besledikten sonra ba'de zâlik dahi [**beslemeye razı iken, vâhib nâdim olup da hibesinden rücû' ile ol akārını istirdâd edemez.**] Bu vechile olan hibede mevhûbün-leh bir müddet besledikten sonra vâhib fevt olsa, vârisi mâl-i mevhûba müdahâle edemez. Nitekim mevhûbün-leh şart-ı mezkûr üzre vâhibi beslerken vâhib fevt olup vârisi olmasa emin-i beytü'l-mal ol akāra müdahâle edemez. *(Netice)* Fakat beslemeğe razı olmaz ve beslemekten imtinâ' eder ise, vâhibin mevhûbu istirdâda hakkı vardır. Bu cihetle vâhib ber-hayat iken mevhûbün-leh bu mülkü âhara hibe ve bey' gibi bir vechile mülkünden ihrâc edemez. Zîra henüz mevhûbün-leh buna kat'iyyen mâlik ve vâhibin hakkı munkatı' olmamıştır. Bu sûretde bu gibi hibede şefî' olan kimse şuf'a iddiasında bulunamaz.

Amma mevhûbün-leh vâhibi ber-vech-i meşrût bir müddet besledikten sonra vâhib henüz ber-hayat iken kendisi yâni mevhûbün-leh fevt olsa hüküm nasıldır? Buna dâir kütüb-i fıkhiyyede sarâhat bulunamadı. Fakat mevhûbün-leh meşrût-ı ivazın tamâmını vâhibe îfâ edememiş yâni vâhibi ölünceye kadar beslememiş ve beslemek imkânı dahi kalmamış ve binâenaleyh hibe henüz lâzım olmamıştır ki bunun nazîri olmak üzre iki mes'eleyi zikredelim.

> Mes'ele-i ûlâ: Bir kimse on altın ivaz vermek üzre mülk hânesini diğer kimesneye hibe ve teslîm edip de, mevhûbün-leh yalnız altı altını verip bâkīsini vermese ve vermekten imtinâ' etse, vâhib aldığı altı altını mevhûbün-lehe reddederek hânesini istirdâd edebilir. Nitekim 898. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre bazı ivaz bi'l-istihkāk zabt olunduğunda mevhûbün-leh bâkī ivazı vâhibe redd ile mevhûbü istirdâd edebileceği gibi.
>
> Mes'ele-i sâniye: Zevce, kendisini dâire-i zevciyyette tutup filan vakte kadar boşamamak şartıyla mihrini zevcine hibe ettiği hâlde, zevc onu ol vakitten evvel tatlîk etse hibe bâtıl olur. Amma imsâk ve adem-i tatlîk için vakit beyân edilmemiş ise, bir müddet imsaktan sonra boşasa hibe lâzım olur. *(Ankaravî)*[31]

İmdi mevhûbün-leh, vâhibi bir müddet besledikten sonra mevhûbün-lehin fevti hâlindeki mes'ele için iki ihtimal hatıra gelir.

1- Mârru'z-zikr iki mes'eleye kıyâsen vâhib, müteveffâ mevhûbun-leh tarafından beslendiği müddetin nafaka-i mislini vereseye zâmin olarak mâl-i mevhûbu vereseden istirdâd eder. Yoksa mevhûbün-lehin veresesinin ve mevhûbün-lehin asla vârisi olmadığı hâlde Beytü'l-mal'ın ol akārı meccânen zabt ederek vâhibi mahrum bırakmak câiz değildir.

---

31 فقيل اذ لم توقت لذلك وقتا كان قصدها ان يمسكها ما عاش قال نعم الا ان العبرة لاطلاق اللفظ, هنديه فى الباب الثامن.

2- Müteveffânın veresesi mûrisimizin taahhüdü vechile “Seni ile'l-vefât besleyip mâl-i mevhûbu irsen biz zabt ederek sana redd etmeyeceğiz.” demeleridir. Fakat mevhûbün-lehin veresesiyle vâhib arasında beslemek şart ve mukavelesi ve akd-i hibe sebk etmediği cihetle beynlerinde bir gûnâ hakk-ı da‘vâ ve husûmet olamaz. Nitekim on aded sîm mecidiye ivaz verilmek şartıyla bir at hibe ve teslîm edilip de mevhûbün-leh dahi beş mecidiyesini peşin olarak verip mütebâkīsini üç gün sonra vermek üzre istimhâl eylemiş iken ikinci gün fevt olsa, mevhûbün-lehin vârisi, bâkī beş mecidiyeyi dahi vererek vâhib razı değil iken onu zabt etmeğe hakkı olamaz. Binâenaleyh bu ikinci ihtimâl i‘tibârdan sâkıt ve evvelki ihtimâl adâlet ve fıkha muvâfıktır.[32]

Mecelle'de “ölünceye....” denildi. Bu kayd ihtirâzî değildir. Filan seneye kadar beslemek üzre dese bu da sahîh olur. Bu sûretde o seneye kadar beslediğinde, ivaz tamâm i‘ta edilmiş ve hibe de lâzım olmuş olur. Ondan sonra beslemek mecburiyyeti kalmaz. *(Şarih)*

Ânifen şerhan îzâh olunduğu üzre, hibe bi-şartı'l-ivazın lüzûmu tekābuz ile olur. Şuna göre, misâl-i mezkûrde yâni bir kimse ölenece kendisini beslemek şartıyla mülk akārını birine hibe ve teslîm ettiğinde mevhûbün-leh henüz vâhibi beslemiş değil iken beslemeğe razı olsa bile, vâhibin hakk-ı rücû‘u olur. Binâenaleyh şerhan “bir müddet besledikten sonra” kaydı ilâve olundu. Vâk‘â mevhûbün-leh bir müddet beslemiş olsa, müddet-i mezkûrede olan beslemesi ivaz-ı makbûz olmuş olacağı cihetle, ba‘de ez-în dahi beslemeğe yâni mukassatan ve tedrîcen îfâsı meşrût olan ivazı i‘taya razı olunca, vâhib hibesinden rücû‘ edemez ki Şeyhülislam Ali Efendi'nin şu mes'ele için verdiği fetvâda dahi kayd-ı mezkûr mevcûd bulunmuştur.

Misâlde “beslemeğe razı iken” denildi. Zîra bir müddet besledikten sonra beslemekten imtinâ‘ etse; vâhib, mâl-i mevhûbu, mevcûd ise aynen istirdâd edebilir. Ve müstehlek ise bedelini tazmîn ettirebilir. Yoksa beslemeğe icbâr edilemez. Zîra hibe, teberru‘ olup hâlbuki teberru‘a icbâr câiz değildir.

İvaz-ı Hükmî:

İvaz-ı hükmî şartıyla olan hibe dahi sahîh ve şart mu‘teberdir. İvaz-ı hükmî adem-i tatlîk ve terk-i zulüm ve birlikte süknâ gibi şeylerdir. Şöyle ki bir kadın, zevci kendisini hacca götürmek veya kendisine ihsân yahut senede iki defa ruba dikmek şartıyla, zevcine mihrini hibe etse, bu da yâni nafaka-i hac ile ihsân ve kat‘-ı sevb, şart-ı ivaz menzilinde olduğu gibi bazı meşayih; bir kadın zevci kendisine terk-i zulüm etmek yahut zevci kendisiyle birlikte sâkin olmak yahut boşamamak şartıyla mihrini hibe etse, bu da bi-şartı'l-ivaz

32 Beslemek şartıyla arazî-i emiriyye ve müsakkafat ve müstegıllat-ı mevkūfenin meccânen ferâğı halinde mefrûğun-leh fevt olunca veresesinin fâriği beslemek hakkını hâiz bulundukları der-kâr ise de bu mes'ele-i şer‘iyyenin şuna kıyası caiz değildir.

hibe hükmünde olmakla; zevc, zevcesine zulmetse yahut onunla birlikte ikāmet etmese, hibenin butlânına hükmetmişlerdir.

Terk-i zulüm ile birlikte süknâ hakīkaten ivaz değilse de, fi'l-cümle ivaza müşâbeheti vardır. Çünkü bunlar ile zevce intifâ' eder. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Nitekim, zevce mihrini, zevcine kendisini darb etmemek ve zulüm eylememek üzre hibe edip de muahharen zevc, zevcesine zulmetse, mihri hâliyle kalacağı gibi, bi-gayr-i hakkın darb etse mihri hâliyle kalır.[33]

Zevce, zevci kendisi için her sene iki defa ruba kat' etmek şartıyla mihrini zevcine hibe edip zevc dahi kabûl eylemiş iken, iki sene geçtiği hâlde rubayı kat' etmese, şart-ı mezkûr hibede meşrût olunca mihri alâ hâlihi kalır. Zîra bu hibe, hibe bi-şartı'l-ivaz menzilinde olmakla, ivaz hâsıl olmayınca hibe dahi sahîh ve lâzım olmaz. *(Ankaravî)*

İvazın cehâleti hibede muzırr olmadığını bu mes'ele delâlet eder. Nitekim Azmi-zâde'den bâlâda nakledildi.[34]

LAHİKA

Dört mebhasi hâvîdir.

Mebhas-i Evvel

Vâhib ile mevhûbün-leh beynindeki bazı ihtilâfâta dâirdir.

1. Mes'ele: Vâhib ile mevhûbün-leh hibenin bi-şartı'l-ivaz vukū'unda ittîfâk etmeleriyle berâber miktar-ı ivazda ihtilâf etseler yâni vâhib, ivaz meselâ "On altın idi." ve mevhûbün-leh "Beş altın idi." dediklerinde mâl-i mevhûb kāim ve ivaz gayr-i makbûz olunca vâhib muhayyerdir. Dilerse beş altın ivazı kabûl eder, dilerse hibesinden rücû' eyler. Amma mevhûb telef olmuş olunca, vâhib mevhûbün kıymetini mevhûbün-lehe tazmîn ettirir.

2. Mes'ele: Vâhib ile mevhûbün-leh asıl ivazda ihtilâf etseler yâni vâhib "İvaz meşrût idi." ve mevhûbün-leh "Meşrût değil idi." diye ihtilâf ettiklerinde söz münkir bulunan mevhûbün-lehindir. Bu hâlde vâhib dahi mâl-i mevhûb mevcûd ise, rücû' eder. Müstehlek ise, mevhûbün-lehe bir şey lâzım gelmez. (871. maddeye bak.)

3. Mes'ele: Vâhib hibesinden rücû' etmek istemekle, mevhûbün-leh "Ben senin birâderinim." yahut "Sana ivaz verdim." yahut "O mal hibe değil, sadaka olarak verdin binâenaleyh 866., 868. ve 874. maddeler ahkâmınca rücû' olunamaz." dese ve vâhib bunları inkâr etse, söz istihsânen vâhibindir. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

---

33 وان ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر, هنديه فى الباب الثامن.

34 وكذا لوهيت مهرها على ان يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض, خانية فى فصل فى الهبة المرأة مهرها من الزوج.

4. Mes'ele: Bir kimse, bir malı diğer kimesneye hibe ettikden sonra hibeyi inkâr ile vedî'a olarak verdiğini iddi'â etse, söz ma'a'l-yemin vâhibin olup, vâhib yemin eder ise mevhûbu ahz eder. Ve mevhûb yed-i mevhûbün-lehde telef olmuş ise nazar olunur. Telef, oluşu kable da'vâ'l-hibe ise zamân lâzım gelmeyip, fakat ba'de da'vâ'l-hibe ise, müstevda' zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi')*

Mebhas-i Sânî

Hibeye müte'allik bazı şahâdetlere dâirdir.

5. Mes'ele: Vâhib, 846. madde vechile bir malı müstevda'a hibe ettikden sonra hibeyi inkâr etmekle iki şahid buna şahâdet etseler, fakat kabzı gördüklerine şahâdet etmeseler câiz olur. (846. madde şerhine bak.) Nitekim vâhib, vakt-i hibede mevhûb, müstevda'-ı merkūm yedinde bulunduğunu inkâr edip de şâhidler hibeye bi'ş-şahâde kabzı gördüklerine veya vâhib kabzı ikrâr eylediğine şahâdet etmeseler, fakat mevhûb vakt-i muhâsamada vâhib yedinde bulunsa yine câizdir; eğer vâhib ber-hayat ise. (5. ve 10. maddelere bak.) Amma vâhib fevt olmuş ise, şahâdet-i mezkûre bâtıldır. *(Hindiyye)*

6. Mes'ele: Bir kimse yedinde bulunan bir mal için diğer kimesne, "Mezkûr malı ol kimse bana hibe ve teslîm etmiş idi." diye da'vâ ve ol kimse inkâr etmekle, ikāme olunan şâhidler vâhibin hibe ve kabzı ikrâr eylediğine şahâdet etseler kabûl olunur. Amma şu ihtilâf beyne'ş-şâhideyn vukū' bulsa, redd-i şahâdet-i mûcib olur.

Şöyle ki meselâ şâhidler'in birisi hibe ve teslîmi gördüğüne, diğeri de, vâhib hibe ve teslîmi ikrâr eylediğine şahâdet etse kabûl olunamaz. Nitekim mezkûr mal hîn-i da'vâda mevhûbün-leh yedinde bulunduğunda şâhidler vâhibin ikrâr bi'l-kabzına şahâdet etseler kabûl olunacağı gibi. *(Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi' mine'l-hibe)*

Mebhas-i Sâlis

Hıyâr-ı Şart İle Hibe ve Berâet Hakkındadır.

7. Mes'ele: Mevhûbün-leh şu kadar gün muhayyer olmak üzre vâhib bir malı hibe ettiğinde kable'l-iftirâk icâzet verince hibe câiz olup, amma icâzet vermeden iftirâk ederler ise hibe câiz olmaz. Lâkin vâhib şu kadar gün muhayyer olmak üzre hibe ettiğinde hibe sahîh ve şart bâtıldır. Zîrâ hibe akd-i lâzım olmadığından, (864. maddeye bak.) onda hıyâr-ı şart sahîh değildir. Nitekim büyû' şerhinde, hıyâr-ı şart faslında zikrolunmuş idi. Fakat zî rahim mahreme veehad-i zevceyne hibe ile, hibe bi-şartı'l-ivaz ve sadaka lâzım olmakla, bu hibelerde vâhib kendisi için hıyârı şart etse sahîh olur mu?

Berâetde dahi hüküm böyledir. Şöyle ki meselâ bir kimse diğer kimesneye "Şu kadar gün muhayyer olmam üzre sendeki filan hakkımdan seni ibrâ ettim." dese, hıyâr bâtıl ve berâet sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Mebhas-i Râbi'

Mevhûbdan istisnâya dâirdir.

8. Mes'ele: Münferiden hibesi câiz olan şeyin mevhûbdan istisnâsı dahi câizdir. Şöyle ki; meselâ vâhib, bir ağacın meyvesinden şu kadar kıyyesi kendisine kalmak üzre bâkīsini bey' ederek ağaçtan toplamağa izin verse sahîh olur. (219. maddeye bak.) Fakat münferiden hibesi câiz olmayan şeyin mevhûbdan istisnâsı câiz değildir. Yâni istisnâ bâtıl ve hibe cümlesinde sahîh olur. Şöyle ki meselâ vâhib; şu kısrağın hamli yâni karnındaki cenîni kendisine kalmak üzre kısrağı hibe ve teslîm etse, hem kısrak hem de yavru mevhûbün-lehin olur. Zîra istisnâ ancak îrâd-ı akd mümkün olan mahâlde olabilip akd-i hibe ise vasıf kabîlinden olan haml üzerine maksûden vârid olamayacağından, istisnâ-yı vâki' muktezâ-yı akde muhâlif şart-ı fâsid kabîlinden olur. Şart-ı fâsid ile ise hibe bâtıl olmaz. *(İnâye)*

FASL-I SÂNÎ

Şerâit-ı hibe beyânındadır.

Bunda hibenin hem şerâit-ı sıhhati hem de şerâit-ı nefâzı beyân olunacaktır ki şerâit-ı mezkûre üç kısımdır.

Kısm-ı evvel, nefs-i rükne,

Kısm-ı sâni, vâhibe,

Kısm-ı sâlis, mevhûba raci' olup her biri ber-vech-i âtî beyân olunur.

Kısm-ı evvel: Hibe mala hataru'l-vücud ve'l-ademe mu'allak ve bir vakte muzâf olmamak lâzımdır ki 854. maddede metnen ve şerhan beyân olunmuştur.

Kısm-ı sâni: Vâhibin hibeye ehil, yâni vâhib hür ve âkıl olmasıdır ki 859. maddede zikrolunur. *(Hindiyye)*

Kısm-ı sâlis: Beş nev'dir.

Nev'-i evvel: Mevhûbun mevcûd olmasıdır ki, âtî'z-zikr 856. maddede beyân olunuyor.

Nev'-i sâni: Mevhûbun mâl-i mütekavvim olmasıdır. Binâenaleyh hür olan benî Âdem ve lâşe gibi asla mal olmayan şeyin hibesi câiz değildir.

Nev'-i sâlis: Mevhûbun memlûk olmasıdır. Binâenaleyh mübâhâtın temlîki câiz değildir.(833. madde şerhine bak.) *(Hindiyye)*

Nev'-i râbi': Mevhûbun makbûz olmasıdır ki 837. ve 861. maddelerde beyân olunuyor.

Nev'-i hâmis: Kābil-i kısmet olan mevhûbun maksûm ve mâl-i mevhûbun gayr-i mevhûbdan mütemeyyiz bulunması ve muttasıl ve gayr-i mevhûbla meşgul bulunmaması lâzımdır ki 858. madde şerhindeki lâhikada tafsîl olunur. *(Hindiyye)*

856. MADDE

[**Mevhûbun vakt-i hibede mevcûd olması**] sıhhat-i hibede [**şarttır.**] Zîra ma'dûm olan şey mülke muhâl olmamakla, onun akd ile temlîki muhâl olduğu cihetle hibe-i mezkûre bâtıldır. *(Zeylaî)* Hatta vücûd bulduğunda kabza izin ve ruhsat verilse ve ba'de'l-vücûd kabzedilse bile hibe sıhhate münkalib olmaz. (52. maddeye bak.) Nitekim bey'de dahi hüküm ber-vech-i meşrûh olduğu 197. ve 205. maddelerde mezkûrdür.

[**Binâen-alâ zalik bir bağın hâsıl olacak üzümü, yahut bir kısrağın**] yahut şu koyunun bu sene [**doğacak yavrusunu hibe**] yahut hâmil bulunan kısrağın karnındaki yavrusunu hibe ve inde'l-vilâdet kabza taslît ve belki de ba'de'l-viladet hibe-i mezkûreye binâen teslîm etse bile [**sahîh değildir.**] Yâni bâtıldır. Zîra hamlin vücûdunda ihtimal ve şekk bulunduğuna binâen ma'dûm hükmündedir. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Îzâhat-ı sâlifeden anlaşılır ki, metn-i *Mecelle*'deki "doğacak yavrusu" ta'bîrinin "Ol kısrak mezkûr yavruya vakt-i hibede gerek hâmil olsun ve gerek olmasın." diye ta'mîmi sahîh olur. *(Mecma'u'l-enhur)*

Nitekim bir kimse bir elmas iğneyi gāib edip de, onu bir kimesneye hibe ve kabza taslît ve aramağa me'zun etse de o da taleb ve kabzetse hibe bâtıldır. Zîra vakt-i talebinde vücûdunda hatar vardır. *(Ebussuud)*

Kezâlik, bu sütten ba'dehü hâsıl olacak yağı veya şu buğdaydan yapılacak unu veya şu susamdan çıkarılacak yağı hibe ve yağ ve unun vakt-i hudûsünde kabza taslît eylese ve hatta ba'de'l-hudûs hibe-i sâbıkaya binâen teslîm etse bile sıhhate münkalib olmaz. Zîra bunlar ma'dûm olup ancak tahn ve asr ile vücûd bulur. Vakı'â bunlarda bi'l-kuvve vücûd var ise de bi'l-kuvve vücûd-ı âmme-i mümkinâtta var iken, bunlara mevcûd ıtlâk olunmaz. *(İnâye)* Her ne kadar bunlarla vasıyyet câiz ise de bu cevâz ma'dûmun vasıyyeti sahîh olmasına mebnîdir. *(Zeyla'î)*

Ma'dûmun hibesi bâlâda îzâh olunduğu üzre bâtıl ise de, ma'dûm vücûd bulduktan sonra akd-i hibe tecdîd kılınsa hibe sahîh olacağına şüphe yoktur. *(Hidâye)*

Ve bir de şu koyun sırtındaki yünü, ve yer üzerindeki ekini ve ağaç üzerindeki esmârı ve memedeki sütü hibe, "hibe-i müşâ'" menzilinde olarak ba'dehü meselâ yünü kırkarak teslîm etiğinde hibe tamâm olur. Zîra imtinâ'-ı cevâz, ittisalden dolayı olup, bu ise şayi'de olduğu gibi kabz-ı kâmili men' eder. *(Hidâye)* Yâni meselâ süt sağılıp teslîm olununca, kabz-ı kâmil de hâsıl ve mevhûbün-lehin vâhibin izniyle fasl etmesi kâfî olur. *(Ebussuud ve Hidâye)*[35] Gerçi, hurmadaki çekirdeğin bey'i câiz hatta ba'de'l-bey' çekirdek ihrâç ve teslîm edilse bey' sıhhate münkalib olmayıp bey'-i cedîd lâzım olduğuna göre, memedeki sütün hibesi dahi câiz olmamak iktizâ eder ise de, hibe akd-i teberru' ve onda mevhûbun bi'l-fi'il vücûdu kâfî olup bi'l-fi'il mevhûbun ta'yîni iktizâ eylemez iken bey' akd-i mu'âvaza ve in'ıkādında teslîme kudret lâzım olur. *(Sâdi Çelebi)*

---

35 وانما جاز فى اللبن وان فى وجوده شك لانه قد يكون ريحا او دما ما لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه فانه بانفصاله يتقن وجوده بخلاف هبة الحمل فانه لا يصح ولو سلمه بعد الولادة لعدم امكان التصرف وقت الهبة, طحطاوى.

857. MADDE

[**Mevhûb, vâhibin malı olmak**] hibenin nâfiz olmasında [**şarttır**] nitekim bey'de şart olduğu gibi. (365. ve 378. maddelere bak.) Bu sûretde mevhûb, vâhibin malı değil ise hibe sahîh olmaz. (96. maddeye bak.)

Mevhûb, vâhibin malı olmaması üç vechile olabilir.

Vech-i evvel: Meyte ve dem-i mesfûh gibi hiç mal olmamakla; ve hamr ve hınzır gibi mâl-i mütekavvim bulunmamakla olur. Binâenaleyh bir kimse laşeyi diğer kimesneye hibe ve teslîm etse bâtıl olur. İmdi bunların hibesi bâtıl olduğu gibi bunları hibeye ivaz vermek dahi bâtıldır. Nitekim Müslim ile gayr-i müslim arasında hamr ve hınzır ile mu'âvaza dahi câiz değildir. Hamrı ivaz veren gerek müslim, gerek gayr-i müslim olsun. Lâkin iki gayr-i müslim arasında hamr ve hınzır ile mu'âvaza câizdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara)* Bu sûretde gayr-i müslim, müslime bir mal hibe edip de, müslim dahi ivaz olarak hamrı verse, hibesinden rücû' edebilir. *(Mine'l-mahâlli'l-mezbûr)*

Vech-i sâni: Mevhûb, mevhûbün-lehin malı olmakla olur. Şöyle ki meselâ bir kimse diğer kimesneye ödünç yahut bir amel mukābilinde ücret olarak para verip de mezkûr para henüz o kimesne yedinde aynen mevcûd olmakla, ol kimse mezkûr parayı o kimesneye hibe etse sahîh olmaz. Hatta bu hibesinden rücû' ederek ol parayı istirdâd edemez. *(Kāidiyye)*

Vech-i sâlis: şahs-ı ecnebînin malı olmakla olur ki, ber-vech-i âtî tefrî' edilen işte budur.

[**Binâenaleyh bir kimse bilâ-izn**]-i sahibi'l-mal [**başkasının**] velev ki bu başka vâhibin zevcesi veya sağîr veyahut kebîr oğlu olsun [**malını hibe**] ve teslîm [**etse sahîh**] yâni nâfiz [**olmaz.**] (96. maddeye bak.) Zîra bir kimsenin mâlik olmadığı şeyi temlîk etmesi muhâldir. *(Hindiyye)*

Bu cihetle bir kimse zevcesinin eşyasını, onun izni olmaksızın diğer bir şahsa hibe ve teslîm ettiğinde, zevce-i mezbûre şu hibeyi mücîze olmayıp eşya-yı merkūmeyi mevhûbün-lehden istirdâd edebilir.

Yine bu cihetle baba, ibninin malını onun izni olmaksızın diğerine hibe ve teslîm etse, ibn-i merkūm mücîz olmayınca istirdâd eder. *(Hamiş-i Behce)*

Ve bu iki hibede mal, mevhûbün-leh yedinde telef olunca, mal sahibi gerek vâhibe ve gerek mevhûbün-lehe tazmîn ettirebilir.

Yine bu cihetle dâyin, bir kimesnedeki alacağını almak üzre kendisinin dâyini bulunan bir şahsı o kimesne üzerine havâle-i mukayyede ile havâle ettikden sonra şahs-ı merkūm mezkûr alacağı o medyûndan henüz almadan dâyin-i menkūm meblağ-ı mezkûrü o kimesneye hibe etse sahîh ve havâle bâtıl olmaz. *(Ankaravî ve Velvâliciyye)* (692. maddeye bak.)

[**Fakat**] başkasının malını, sahibinin ibtîdâen izniyle yâni tarafından bi'l-vekâle hibe etmek 1460. maddede musarrah olduğu üzre sahîh olduğu gibi bilâ-izin [**hibe ettikten sonra sahibi müciz olsa**] hibe [**sahîh**] yâni nâfiz [**olur.**] Zîra 1453. maddede mezkûr olduğu üzre icâzet-i lâhika vekâlet-i sâbıka hükmündedir. Bey'de olduğu gibi. (388. maddeye bak.) Lâkin vakt-i icâzetde, bey'de olduğu gibi vâhibin ve mevhûbün lehin ve mücîzin ve mâl-i mevhûbün kıyamı şarttır.

Mecelle 106. maddede sahîh lafzını nâfize mukābil ve 108. maddede lafz-ı mezkûrü nâfize dahi şâmil ma'nâda isti'mâl ettiği hâlde, burada yalnız nâfiz ma'nâsında kullanmıştır.

Şu icâzet ile mün'akid ve nâfiz olan hibe, mal sahibi yâni mücîz tarafından vâki' olur. Nitekim me'mûr-bi'l-hibe kendi malından bir şeyi hibe etse, işbu hibe amir tarfından vâki' olacağı karîben îzâh olunur

Binâenaleyh mevhûbün-leh ile vâhib yâni fuzûlen hibe eden kimseye ivaz verse, yahut mevhûbün-leh ile vâhib arasında 866. maddede muharrer olup mâni'-i rücû' olan karâbet bulunsa bile, mal sahibi şu hibeden rücû' edebilir. *(Kunye)* Bilâkis mevhûbün-leh, mal sahibine ivaz verse yahut mevhûbün-leh ile mal sahibi beyninde mârru'z-zikr 866. maddede muharrer karâbet bulunsa rücû' edemez. *(Hindiyye)*

İstisna:

1. Mes'ele: Zevce, zevcinin hânesinden ekmek parçası gibi yesîr bir şey tasadduk etmekte beis yoktur. *(Bezzâziyye)*

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye, "Filan şahsa benim tarafımdan bin kuruş hibe et." diye emretmesiyle, o da hibe etse, şu hibe âmir yâni ol kimse tarafından vâki' olur. Hâlbuki vâhib addolunan âmir o mala mâlik değil idi. Memur âmire mürâca'at edemeyeceği gibi mevhûbün-lehden dahi mâl-i mevhûbu istirdâd edemez. Amma âmir mâni'-i rücû' olmadığı hâlde şu hibeden bi'r-rücû' meblağ-ı mezkûrü şahs-ı merkūmdan istirdâd edebilir. Fakat "Filan şahsa bin kuruş hibe et, ben zâmin olmam üzre". diye emredip de o da hibe etse şu hibe yine âmir tarafından vâki' olarak mâni'-i rücû' olmadığı takdirde âmirin hibeden hakk-ı rücû'u olur. Amma memurun hibe-i mezkûreden hakk-ı rücû'u yok ise de memur hibe ettiği meblağ ile âmire mürâca'at eder. *(Bahr)*

858. MADDE

[**Mevhûbun**] yâni ayn olan mâl-i mevhûbun [**ma'lûm ve mu'ayyen olması lâzımdır.**] Mevhûbün-leh gerek sağîr olsun ve gerek kebîr olsun. Zîra mechûlün temlîki sahîh değildir. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

[**Binâenaleyh vâhib**] 1-[**lâ ale't-ta'yîn**] bu lâ ale't-ta'yîn dese kavlinin makūlü cümlesinden addedilmek câiz olduğu gibi, edilmemek dahi sahîhdir. [**malımdan bir şey**] veya mâlik olduğum eşyamın bir miktarını, 2-[**yahut şu iki attan birini hibe ettim dese**] hibe [**sahîh olmaz.**] Zîra sûret-i ûlâda mevhûb ma'lûm olmadığı gibi, sûret-i sâniyede dahi mu'ayyen değildir.

Meselâ bir kimse, terekedeki hisse-i irsiyyesi ne kadar olduğu yâni kendisine ne miktar mas isâbet eylediği ma'lûm değil iken, verese-i sâireden birine hibe etse sahîh olmayacağı gibi bir kimse "Mâlik olduğum eşyamın bir miktarını sağîr oğluma hibe ettim." deyip lâkin hibe ettiği eşyayı ta'yîn ve ilâve eylemese sahîh olmaz. ***(Tenkīh ve Ali Efendi)***

Mevhûbun ma'lûm olması şartı, vâhibe nazarandır. Binâenaleyh vâhib şu maldan kendisince miktarı ma'lûm hissesini hibe ettiğinde, mevhûbün-leh, mezkûr malda vâhibin hissesi ne kadar bulunduğunu bilmese bile hibenin sahîh olacağı Bezzâziyye'de zikrolunmuştur. Fakat Velvâliciyye'de deniliyor ki; vâhib,"Şu atımdan nasibimi hibe ettim." deyip de mevhûbün-leh ol nasibin miktarını bilmese, mevhûb mechûl olmakla hibe câiz olmaz. İntehâ, bi-tağyîr-i mâ.

[**Ve bu iki atdan hangisini dilersen senin olsun dediği sûretde, eğer mevhûbün-leh meclis-i hibede onlardan birini ta'yîn**] ve kabz [**eyler ise sahîh olur.**] Zîra "Senin olsun." demek "Hibe ettim, senin olsun." demek yâni bi-tarîkı'l-iktizâ îcâb olduğu gibi mevhûbün-lehin dahi ta'yîn ve kabz eylemesi -841. madde mûcibince- kabûldür. Bu sûretdeki cehâletin mâni' olmaması sebebine gelince, meclis dağılarak fesâd teekküd etmeden ol sebeb-i fesâd zâil olmakla, memnu' olan sıhhat dahi avdet eder. (24. maddeye bak.)[36]

[**Amma meclis-i hibeden ba'de'l-müfâraka ta'yîni müfîd olmaz.**] Yâni vâhib "Şu iki malımdan hangisini ister isen senin olsun." dediği sûretde, eğer mevhûbün-leh meclis-i hibede ta'yîn ve kabzetmeyip, ba'de'l-müfâraka diğer meclisde ta'yîn ve kabzetse, ta'yîn-i vâki' izâle-i fesâdda müfîd olmaz. Zîra meclisten teferruk mülâbesesiyle, fesâd teekküd etmekle, ondan sonra ta'yîn ile sıhhate münkalib olmaz.[37]

Esnâ-yı şerhte işâret olunduğu vechile, mevhûbun ma'lûm ve mu'ayyen olmasının lüzûmu, mevhûb ayn olduğu sûrettedir. Amma deyn olur ise, ma'lûm ve mu'ayyen olmak lâzım değildir. Ta'bîr-i diğerle, deyni medyûna hibede, mevhûbun ma'lûm olması lâzım olmaz. Zîra deynin hibesi iskāt olup; cehâlet, sıhhat-i iskāta mâni' olmaz. Ve bu mechûlün beyânı müskıta ait olur. ***(Haniyye fî evâili'l-hibe)***

Meselâ bir kimsenin diğer kimesne zimmetinde cihet-i karzdan bin kuruş ve bedel-i icâreden kezâlik bin kuruş alacağı olmakla, ol kimse mezkûr "İki bin kuruştan bin kuruşu

---

36 لان ارتفاع الجهالة فى المجلس بمنزلة البيان وقت العقد, خانيه فى اوائل الهبة.

37 وان تفرقا قبل البيان لا يجوز لتقرر الجهالة, خانيه فى اوائل الهبة.

sana hibe ettim." dese sahîh ve hangisini hibe ettiğini ta'yîn etmek hayatta iken vâhibe ve ba'de vefâtihi veresesine aiddir. Çünkü deynin medyûna hibesi ibrâ olup, ibrâda cehâlet ise ibrânın sıhhatini ihlal eylemez. *(Velvâliciyye)*

LÂHİKA

İki mebhasi hâvîdir.

Mebhas-i Evvel

Mevhûba müte'allik şurût-ı bâkiye hakkındadır.

Müşâ'da vâki' bazı tasarrufât sahîh ve bazısı gayr-i sahîh olmakla, bunların icmâlen ta'dâdından sonra müşâ'ın hibesi hakkında bazı îzâhat verilecektir.

1- Bey': Müşâ'ın müşârike ve ecnebîye bey'i câizdir. (214. ve 215. maddelere bak.) Gerek kābil-i kısmet olsun, gerek olmasın.

2- İcare: Müşâ', müşterike îcâr edilirse sahîh ve ecnebîye îcâr kılınırsa fâsid olur. (429. maddeye bak.)

3- İare: Müşa'ın, hissedara i'âresi câiz olduğu gibi, bir kimse tamâmen mâlik olduğu konağın nısf-ı şâyi'ini ecnebîye i'âre edip de mu'ârın küllîsini teslîm eder ise câiz, ve küll için i'âre-i müste'nife olur. Ve illa câiz değildir. (811. madde şerhine dahi bak.)

4- Rehin: Müşâ'ın rehnedilmesi ale'l-ıtlâk fâsiddir. Merhûn gerek maksûm gerek gayr-i maksûm ve gerek müşterike ve gerek ecnebîye rehnedilsin. (710. madde şerhine bak.)

5- Vakıf: Kābil-i kısmet olan müşa'ın vakfı, İmam-ı Sâni'ye göre câiz ve İmam-ı Sâlis'e göre gayr-i câizdir. Amma kābil-i kısmet olmayan müşaın vakfı bi'l-ittîfâk câizdir.

6- Îdâ': Hisse-i şayianın müşârike îdâ'ı câizdir. Amma bilâ-izni'l-müşârik kendi hissesiyle ma'an müşârikin hissesini gayra teslîm câiz değildir. (1087. maddeye bak.)

7- Karz: Hisse-i şayianın ikrâzı câizdir. Şöyle ki, bir kimse diğer kimesneye bin kuruş teslîm edip de "Bunun nısfı sana karz olup, nısf-ı âharda şirket için amel et." dese sahîh olur. *(Tahtâvî ve Fethu'l-kadîr ve Ankaravî)*

8- Hibe: Müşâ'ın hibesi 54. madde misâlinde icmâlen zikrolunduğu hâlde bu kitabda ona dâir îzâhat verilmemiş olmakla, şerhan ber-vech-i âtî îzâhı münâsib görüldü.

1. Mes'ele: Mevhûb, maksûm yâni kābil-i taksîm olan malın hibesinde, mezkûr mal vakt-i kabzda gayr-i müşâ' olmak lâzımdır. Zîra hibede kabz, mansûsun-aleyh olup, mansû-

sun-aleyhde ise kemâl şarttır. Şu cihetle ki; nass, mansûsun-aleyhin vücûduna itina ve ihtimam olunduğuna delâlet eder. Binâenaleyh, hibenin mevhûbün-lehe mülkü ifâde ve isbât etmesinde kabz-ı kâmil şart iken, müşâ'ın hibesinde kabz-ı kâmil hâsıl olmaz. Şu sebeble ki kabz, bir şeyin tamâmiyle hayyiz-i kābızda olmasından ibârettir. Müşâ' ise her vechile kābızın hayyizinde olmayıp, min vechin hayyiz-i kābızda ve min vechin âhar hayyiz-i şerîkindedir. Kâmil ise her vechile mevcûd olan şeydir. *(Zeylaî)*[38]

Sual: Vasıyyet ve bey'-i sahîhde ve karz ve bey'-i fâsid ve selem ve sırfda müşâ'an kabz câiz iken hibede câiz olmuyor. Fark nedir?

Cevâb: Vasıyyet ile bey'-i sahîhde kabz şart olmamakla, bunlarda müşâ'iyyet muzırr olmadığı gibi, bey'-i fâsid ve selem ve karz ve sırfda kabz şart ise de, mansûsun-aleyh olmadığı cihetle kemâline mürâ'ât iktizâ eylemez. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*[39]

İmdi kābil-i kısmet olan maldan bir hisse yâni şol hisse ki, onun ifraz ve taksîmi câiz ola. Bu hisse hibe edildiğinde, hibe nefsinde câize ise de mevhûbün-lehe mülkü ifâde etmek için ol hissenin bi'l-ifrâz teslîmi lâzım olur. Müşâ' olarak teslîm ile hibe tamâm ve mevhûbün-lehe mülkü müfîd olmaz. *(İnâye)* Velev ki baba, tıfıla hibe ede. Binâenaleyh ehad-i şerîkeyn sahibine ribihden hissemi sana hibe ettim dediğinde, mezkûr hisse mevhûbün-leh yedinde tamâmen kāim ve mevcûd olunca hibe sahîh olmaz. Zîra kābil-i kısmetde müşâ'ı hibe olur. *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi's-sâlis)*

İstisnâ:

Fakat iki kimse beyninde müşâ'an müşterek bir maldaki hibe-i şayiasını müşteriklerden biri diğer müşârike hibe ettiğinde, yâni meselâ bir konak, Zeyd ile Amr beyninde müşâ'an müşterek olup da, Zeyd hissesini Amr'a hibe ve teslîm eylediğinde, bazı fukahâya göre bu hibe sahîhdir. Diğer bazı fukahâ ise sıhhat-i hibeye dâir olan kavl, İbni Ebî Leyla'nın olup, fukahânın kelâmlarından zâhir olan müşârike dahi hibenin adem-i sıhhati olduğunu beyân eylemişlerdir. *(Tahtâvî)* Ve bir de 851. madde şerhinde zikrolunduğu üzre baba, kābil-i kısmet malın nısfını tıflına hibe etse sahîh olur.

2. Mes'ele: Hibe-i müşâ'da ihtilâf olunup bazı fukahâ, hibe-i mezkûre fâsid olduğuna zâhib olmuşlardır ki *Dürer*'de beyân olunduğu üzre kavl-i müftâ-bihe göre hibe-i fâside mülkü ifâde eder. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Bu kavle göre mevhûbün-lehin müşâ'an ittihab ve kabz eylediği malda tasarrufu sahîhdir.[40]

38 فكل جزء فى حيزه يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشانه, عنايه.

39 كالقرض والوصية بان دفع اليه الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا, فتح. فالجواب ما ذكرناه.

40 يفيد الملك ملكا فاسدا وبه يفتى, طحطاوى.

Binâenaleyh bir kimse kendisine hibe-i fâside ile hibe olunan arsayı vakfetse sahîh ve kıymetini zâmin olur. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Diğer bazı fukahâ dahi hibe-i müşâ' gayr-i tâmme idiğine kāil olmuşlardır. *(Ebussuud ve Ali Efendi)*[41]

Bu kavl-i sâniye göre, bir mal müşâ'an hibe kılındıktan sonra, ifraz ve taksîm edilerek ba'dehü teslîm olunsa, hibe-i mezkûre tâmme ve sıhhate münkalib olur. *(Abdülhalîm)* (24. maddeye bak.) Vâhib gerek bizzat taksîm etsin ve gerek nâibine taksîm ettirsin ve gerek mevhûbün-lehe emredip de şerîkiyle kısmet etsin hüküm birdir. *(Redd-i muhtâr)*

Bu kavle yâni, hibe-i müşâ' gayr-i tâmme olmasına müteferri' mesâil:

Evvelen: Müşâ'an hibe kılınan malda, mevhûbün-leh onu bey' gibi bir vechile tasarruf etse, nâfiz olmaz. *(Ankravî ve Dürer)*

Şöyle ki bir kimse meselâ kabil-i kısmet olan bir hânenin nısfını hibe edip de küllîsini mevhûbün-lehe ba'de't-teslîm, mevhûbün-leh dahi hisse-i mevhûbey'i âhara satsa sahîh olmaz. *(Hidâye)* Ve mevhûbün-leh üzerine mazmûn olur. *(Zeylaî ve Haniyye fî faslin fî hibeti'l-müşâ')*

Sâniyen: Bu gibi müşâ'an teslîm kılınan malda vâhib tasarruf etse nâfiz olur. *(Zeyla'î)*

3. Mes'ele: Hibenin tamâmiyyetini ihlâl eden şüyû', birinci mes'elede beyân olunduğu üzre vakt-i kabzdaki şüyû' olup, yoksa macerred vakt-i hibedeki şüyû' değildir. *(Nihaye)*

Hulâsa, bunda dört sûret vardır.

Sûret-i ûlâ: Hem vakt-i hibede, hem de vakt-i teslîmde gayr-i müşâ' olmaktır. Bu sûretde hibe sahîhdir.

Sûret-i sâniye: Vakt-i hibede müşâ'; vakt-i teslîmde gayr-i müşâ' olmaktır. Bu sûretde dahi hibe sahîhdir. Bu cihetle bir kimse hânenin nısfını hibe, diğer nısfını sadaka olmak üzre bir şahsa i'tâ ve cümlesini birlikte o şahsa teslîm etse, sahîh ve hibe edilen kısım da rücû'a muktedir olur. *(Velvaliciye ve Hindiyye)* Zîra bunların tamâmiyyeti kabz ile olup, inde'l-kabz ise şuyû' yoktur. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Nitekim bir kimse malın nısfını bir şahsa hibe edip, fakat henüz teslîm etmeden diğer nısfını dahi ona hibe ederek cümlesini birlikte teslîm etse şu hibe sahîhdir. *(Bahr)*

İmdi, şu iki mes'elede, vakt-i hibede şuyû' var ise de vakt-i kabzda şuyû' yoktur.

Sûret-i sâlise: Vakt-i hibede gayr-i müşâ' ve vakt-i teslîmde müşâ' olmaktır. Şöyle ki bir kimse bir malın küllîsini hibe ve müteferrikan teslîm etse hibe sahîh olur.[42]

41 والاصح ان هبة المشاع لاتفيد الملك كالهبة قبل القبض, طحطاوى بتغيير ما.

42 قال فى الهندية فى الباب الثانى ولو وهب الجميع وسلم متفرقا جاز كذا فى التاتارخانيه.

Fakat bu sûretdeki müşâ'iyyet, diğer kısmın tesellümüyle zâil olmuştur. Ve mâni'-i sıhhat zâil olmakla memnû' avdet eylemiştir. Amma müşâ'iyyet zâil olmayacak olursa sahîh olmaz. Şöyle ki:

Vâhib, bir konağın cümlesini hibe edip de ba'dehü kable't-teslîm nısf-ı şâyi'inde bi'r-rücû', nısf-ı şâyi'-i diğeri teslîm etse sahîh olmamak lâzım gelirse de mes'elesini bulmak iktizâ eder.

Sûret-i râbi'a: Hem vakt-i hibede, hem de vakt-i teslîmde müşâ' olmaktır. Bu sûretdeki hibe sahîh değildir. Meğer ki şerîkine hibe ede. (Birinci mes'eleye bak.)

Bu cihetle bir kimse kābil-i kısmet olan bir malın nısfını bir şahsa hibe ve şayi'an teslîm ettikden sonra, diğer nısfını dahi ona hibe ve şayi'an teslîm etse, yine şuyû'dan çıkmaz. *(Kuhistânî)*

4. Mes'ele: Kābil-i kısmet olan bir malın hisse-i şayiasını diğerine hibe etmek murad eden bir kimse, o malın nısfını mevhûbün-lehe bey' ederek semeninden ibrâ etmelidir. *(Ankaravî)* Bu sûretde hibe ile etmek istediği menfa'ati tamâmen mevhûbün-lehe îsal eylemiş olur.

5. Mes'ele: Mevhûbün-leh tarafından olan şuyû'un tamâmiyyet-i hibeye mâni' olmasından ihtilâf vardır. *(Kuhistânî)* Şöyle ki kābil-i kısmet olan bir malı vâhid, isneyne hibe ettiğinde İmam-ı A'zam'a göre gayr-i câizdir. Ma'a zalik mevhûbün-leh vâhid olup da kendisine hibe edilen hâneyi kabzetmek üzre, iki kimse tevkîl etmekle, onlar da kabzetseler bunda şuyû' yoktur. *(Redd-i muhtâr)*

Amma kābil-i kısmet olan bir malı, vâhid, isneyne hibe ettiğinde İmameyn'e göre câiz olup bunda şuyû' yoktur. Şöyle ki meselâ bir kimse Zeyd ve Amr'a hitâben "Şu konağımı size hibe ettim." diye hibe ettiğinde yâni mevhûbün-lehümânın hisseleri zikredilmediğinde, İmam-ı A'zam ile İmameyn ber-vech-i mezkûr ihtilâf etmişlerdir. *(Tahtâvî)* Fakat hısas-ı mevhûbe tafsîl olunduğunda bakılır. Eğer bu tafsîl ba'de'l-icmâl ise, İmam-ı A'zam'a göre yine câiz değildir. Tafsîl gerek tafdîlen olsun ve gerek bilâ-tafdîl olsun. Amma İmam Muhammed'e göre mutlaka câizdir.

Tafdîle misal: Bir kimse Zeyd ve Amr'a hitâben "Bu konağı ikinize hibe ettim, Zeyd sana sülüsanını ve Amr sana da sülüsünü..."

Bilâ-tafdîle misâl: Bir kimse, Zeyd ve Amr'a hitâben "Bu konağı ikinize hibe ettim; Zeyd, sana nısfını ve Amr sana da nısfını."

Ve eğer bu tafsîl ibtîdâen, yâni min gayr-i sâbikıyyeti'l-icmâl ise bi'l-ittîfâk câiz değildir. Tafsîl gerek tafdil ile olsun gerek bilâ-tafdîl olsun.

Lâkin şu son fıkra muhtâc-ı îzâh olmakla, ber-vech-i âtî îzâh olunur. Şöyle ki; bir kimsenin iki şahsa min gayr-i sâbıkıyyeti'l-icmâl hibesi dört vecih üzre olur.

Vech-i evvel: Akid ve kabz ikisi de muhtelif olmakla olur ki bu vechile olan hibede bi'l-ittîfâk şuyû' vardır. Şöyle ki bir kimse kābil-i kısmet olan bir malın nısfını bir şahsa hibe ve teslîm ettikden sonra diğer nısfını dahi başka bir adama hibe ve teslîm etmek gibi. (Birinci mes'eleye bak.)

Vech-i sâni: Akid müttefik ve kabz muhtelif olur ki ânifen îzâh olunduğu üzre, i'tibâr kabza olmakla, bu vechile olan hibe dahi câiz değildir. Bir kimse kābil-i kısmet olan bir malını ibtîdâen tafsîl ve akd-i vâhid ile iki şahsa hibe ettikten sonra onu bir defa birine ve diğer defa diğerine teslîm eylemek gibi.

Vech-i sâlis: Akid muhtelif ve kabz müttefik olmaktır.

Vech-i râbi': İkisi de, yâni hem akid ve hem de kabz birlikte olmaktır. İmam-ı A'zam, şu vech-i sâlis ve râbi' ile dahi hibenin gayr-i câiz olduğuna kāil olmuşlardır. Meğer ki bi'l-maiyye hibe ve teslîm edip, onlar dahi iktisâm etseler hibe câiz olur. *(Ebussuudü'l-ımadi ve Bahr ve Hidâye ve Feth)* Şeyhulislam Ali Efendi İmam-i A'zam kavli üzre iftâ eylemiştir.

6. Mes'ele: Bir kimse yedinde bulunup kābil-i kısmet olan bir malını biri sağîr diğeri kebîr iki oğluna hibe ve teslîm etse, hibe tamâm olmaz. Zîra 851. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre, sağîre hibe mücerred îcâb ile mün'akid ve tamâm olup, kebîre hibe ise kabûl ve teslîme tevakkuf ve binâenaleyh sağîre hibeden te'ahhur edeceği cihetle, bu hibede bi'l-ittîfâk şuyû' hâsıl olur. *(Bezzâziyye ve Bahr)* Bu hibenin sıhhatinde hile şudur. Mezkûr malı kebîr oğluna teslîm ettikten sonra ber-vech-i mezkûr kebîr-i merkūm ile sağîre hibe etse sahîh olur. *(Tenkīh)* Zîra 846. maddede zikrolunduğu üzre bu halde kebîre dahi teslîme tevakkuf ve sağîre hibeden te'ehhur eylemez. Her hile ki, onunla haramdan tehâllus yahut helâla tevessül olunur, hasendir. *(Tahtâvî)*

7. Mes'ele: Kısmete kābîliyyet hususu hisse-i mevhûba nazar eder. Şöyle ki meselâ bir kimse, konağını dört nefer evlâdına hibe ettiğinde dört kısma taksîmi mümkün olduğu takdirde, hibe sahîh değilse de, dört kısma taksîmi mümkün olmayıp da iki veya üç kısma taksîmi mümkün olsa bile yine hibe-i mezkûre sahîh olur. Nitekim bir kimse, yalnız iki kısma taksîmi mümkün olan bir malın rub'unu birine hibe etse, hibe-i mezkûre câizdir. *(Tenkīh)*

8. Mes'ele: Yalnız vâhib tarafından olan şuyû' tamâmiyyet-i hibeye bi'l-ittîfâk mâni' değildir. Şöyle ki iki kimse müşterek ve kābil-i kısmet mallarını bir şahsa hibe etseler, ol mal cümleten teslîm ve cümleten kabzedildiği cihetle câiz olup, bunda şuyû' yoktur. *(Kuhistânî ve Hidâye)*

9. Mes'ele: Sadakada mutasaddakun-aleyh tarafından olan şuyû' tamâmiyyeti muhill olmadığı *Câmi*'de ve *Hızânetü'l-Müftîn*'de beyân olunmuştur. *(Hidâye ve Hamiş-i Ankaravî)*

Meselâ bir kimse kābil-i kısmet olan bir malını iki kimseye tasadduk ve ma'an teslîm etse sahîh olur. Nitekim bir kimse on mecidiyeyi iki fakīre hibe veya sadaka etse câiz olur.[43] Bunun hibeden yâni 5. mes'eleden farkı şudur. Sadakada vechu'llahi Te'âlâ kasd olunur, o ise vâhid; ve fakīr nâib olup, amma hibede vech-i gınâ kasd olunur. O ise ikidir. *(Hidâye ve Ebussuud ve Bahr ve Dürr-i muhtâr)*

Amma bir kimse kābil-i kısmet olan müşâ'ın, meselâ nısfını birine sadaka verse sahîh olmayıp hibede olduğu gibi ba'de'l-ifraz teslîm olunmadıkça sadaka tamâm olmaz. *(Bahr ve Ankaravî)*

10. Mes'ele: Tamâmiyyet-i hibeye mâni' olan şuyû', şuyû'-ı mukārin olup, yoksa şuyû'-ı târi değildir. (55. maddeye bak.) Zîra gayr-i şâyi' olarak hibe edilip de kabz-ı kâmil ile hibe tamâm olunduktan sonra şuyû' târî olunca, bu şuyû' mevhûbün-lehin mülkü üzerine târî ve ba'de'l-hibe ve't-teslîm hâdis olacağı cihetle şuyû'-ı mezkûr mülke münâfi' ve sâbıkan sahîh ve tamâm olan hibeyi muhill olmaz. *(Tekmile-i Redd-i muhtâr)*

Meselâ bir kimse, kābil-i kısmet olan bir malın küllîsini hibe ve teslîm ettikten sonra nısfından rücû' etse, şu rücû' ile mâl-i mevhûba şuyû' ârız olur ise de bu şuyû', târî olup mukārin olmadığından hibenin tamâmiyyetine mâni' olmaz. (56. maddeye bak.)

Nitekim bir hâneden başka malı olmayan bir kimse, maraz-ı mevtinde mezkûr hâneyi bir şahsa hibe ve teslîm ettikten sonra fevt olarak veresesi mücîz olmadıklarında 879. maddeye mebnî, hânenin sülüsânında hibe bâtıl olur ise de diğer sülüsünde bâkī kalır. *(Redd-i muhtâr)*

11. Mes'ele: Bazı mevhûbun bi'l-istihkāk ve bi'l-beyyine zabt edilmesinden dolayı mevhûba ârız olan şuyû' İbni Kemâl'in ve Sadru'ş-şerîa ve *Kirmânî* ve *Nihâye* ve *Hindiyye*'nin beyânlarna göre şuyû'-ı târî olarak mes'ele-i ânifede mezkûr iki misâlde olduğu gibi hibeye muzırr değildir. Fakat *Kādīhan* ve *Câmi'u'l-Fıkh* ve *Zahîriyye* ve *Kâfî*'nin beyânlarına nazaran şuyû'-ı mezkûr mukārin olup, binâenaleyh temâmiyyet-i hibeye mâni' bulunmuştur.

Meselâ bir kimse iki kısma kābil-i taksîm bulunan hânenin küllîsini diğer kimesneye hibe ve teslîm ettikden sonra mezkûr hânenin nısf-ı şayi'ine müstahık çıksa bâkīsinde dahi hibe bâtıl olur. *(Haniyye)*

Hatta *Sahibü'd-Dürer* şuyû'-i mezkûrün târî olduğuna kāil olanları tahtı'e etmiş ve bu tahtı'e dahi *Mecelle*'nin 55. maddesi misâliyle 430. maddesine vârid bulunmuştur.

---

43 لالغنيين لان الصدقة على الغنى هبة فلا تصح للشيوع اى لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح, در مختار.

Bi'l-istihkāk ve bi'l-beyyine mevhûba ârız olan şuyû'un, şuyû'-ı mukārin olmak mes'elesi, mes'ele-i meşhûre olup, mahâll-i tereddüd değildir. *(Nuh Efendi)*

Kuhistânî, Lealle mevhûbe bi'l-istihkāk ârız olan şuyû'da iki kavil olup bir kavle göre şuyû'-ı mezkûrün mukārin ve diğer kavle göre tarî olmasıdır demiştir.

İstihkāk, beyyine ile sâbit olunca şuyû'-ı mukārin olacağı beyâniyle denilir ki, mevhûbün nısfı, zemân-ı hibede müstahıkkın mülkü olduğu tebeyyün ettiğinde, mevhûb bostan olunca ba'de'l-ittihâb ve kable'l-istihkāk güzerân eden müddetde mevhûbün leh yedinde hâsıl olan esmârı istihlâk eylemiş ise müstahıkkın esmârdaki hissesinin zamânı lâzım gelir. Zira, beyyine mülkü aslından isbât eder. (78. maddeye ve şerhine bak.)

Amma istihkāk ikrâr ile sâbit olunca, eğer vâhibin ikrâriyle sâbit olursa zâhir olan mevhûbun, yed-i mevhûbün-lehden ahzı hakkında bu ikrâr lağvdir. Zîra bu ikrâr gayr aleyhinde olup, bu ise bâtıldır. Ve eğer mevhûbün-lehin ikrâriyle sâbit olursa bu ikrâr ile mevhûbün-leh mu'âheze olunacağı der-kâr ise de bu sûretde urûz-ı şuyû'dan dolayı hibe bâtıl olur mu? *(Tahtâvî)*

Ba'de'l-hibe mevhûba ârız olan şuyû' hakkında kütüb-i fıkhiyyede mezkûr olan mesâil, bâlâda zikrolundu. Şimdi bu mes'ele hakkındaki fikr-i âcizinin beyânına müsâraat olunur. Ve billahi't-tevfîk.

Bi'l-istihkāk mevhûba şuyû' ârız olduğunda, istihkāk gerek bi'l-beyyine, gerek bi- ikrâri'l-mevhûbü-leh sâbit olsun bu şuyû' târîdir. Zîrâ müstahık müddeâsını beyyine veya bi'l-ikrâr isbât edince tahakkuk eyler ki nısf-ı mevhûbu hibede vâhib fuzûli olup, müstahıkkın icâzetine mevkuf idi. Çünkü akd-i fuzûlide ma'kūdün-aleyhe müstahık zuhûr ile onu iddia etmesi akd-i vâki'ın infisâhını müstelzim olup olmadığı hakkında ihtilâf olunduğu *Hindiyye*'nin kitab-ı hibesinin bâb-ı tâsi'iyle kitab-ı gasbın bâb-ı râbi'-i aşarın evvelinde beyân olunan mes'eleden müstefâd ve *Mecelle*'nin 638. maddesinden dahi mücerred istihkāk ile akd-i fuzûli münfesih olmayıp ondan sonra dahi icâzet câiz olduğu müstebân olmaktır. Binâenaleyh bundan sonra müstahık hibeyi mücîz olursa 857. madde hükmünce câiz ve nâfiz ve mücîz olmaz ise nısf-ı müstahıkda adem-i icâzet evânında hibe münfesih olur. Ve lizalik şuyû' şu adem-i icâzet ve fesh zemânında hâdis olup yoksa evvelce mevcûd değil idi. Bu halde, tahtı'eye sezâ Sadru'ş-şerîa değil, muhtîlerdir.[44]

12. Mes'ele: Kābil-i kısmet olmayan -oda ve bir hayvan ve bir ruba ve bir duvar gibi- bir malın hissesini hibe etmek sahîhdir. Zîra bu gibi müşâ'da kabz-ı kâmil mutasavver olmadığı cihetle kabz-ı kāsır ile iktîfâ kılınmak lâzım geldi. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Çünkü bunda dahi kabz-ı kâmil i'tibâr edilse, bu nev' emvâlde bâb-ı hibenin insidâdı lâzım geldi.

Sual: Bu gibi nâ-kābil-i kısmet emvâlde hisse-i şâyianın hibesi müteberri' üzerine muhâye'enin îcâbını müstelzim olur. Müteberri' üzerine îcâb ise câiz değildir.

---

44 هذا ايجاز ما وعدناه من التفصيل فى شرح 55 مادة.

Cevâb: Muhâye'e, 419. maddede zikrolunduğu üzre, kısmet-i menâfi'den ibâret olup, hâlbuki teberru' aynda vâki' olduğu cihetle, îcâb-ı mezkûr teberru' edilmeyen şeyde olmakla muzırr değildir. *(Zeylaî ve Tahtâvî)*

Meselâ bir hayvan veya mu'ayyen bir mecidiye veya bir rubadan ma'lûm hissenin hibesi sahîhdir. *(Hidâye ve Behce)*

Fakat, mevhûb hissenin ma'lûm olması lâzımdır. (858. madeye bak.) Binâenaleyh, bir kimse ma'lûm hayvandaki hissesini hibe edip de mezkûr hissenin miktârını bilmese hibe câiz olmaz. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Bu gibi müşâ' kendisine hibe edilen kimse vâhib ile kısmet mutâlebesinde bulunamaz. Zîra kābil-i kısmet değildir. Amma muhâye'e talebinde bulunabilir. *(Bahr)* (1130. ve 1183. maddelere bak.)

Deyn dahi kābil-i kısmet değildir. (1123. maddeye bak.) Binâenaleyh ehad-i şerîkeyn sahibine, "Ribhden hissemi sana hibe ettim." dediğinde, mevhûbün-leh ol hisseyi istihlâk eylemiş olduğu takdirde hibe sahîh olur. *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi's-sâlis)* (873. maddeye bak.) Kābil-i kısmet olan mal 1131. maddede beyân olunuyor.

13. Mes'ele: Mevhûbun muhrez yâni vâhibin mülk ve hukūkunda müfrez bulunması lâzımdır. Binâenaleyh arâziyi, üzerinde mezrû' olup hasat olunmayan ekinsiz veya ağacı, üzerinde toplanmayan yemişsiz hibe etse câiz olmaz. Zîra zer' ve yemiş arz ve ağaç eczâsından olmakla, hibe-i mezkûre cüz-i şâyi'i hibe menzilinde olur. *(Velvâliciyye ve Behce)* Bu cihetle bu hibe dahi hibe-i müşâ' hükmünde olur. *(Redd-i muhtâr)*

İmdi bir kimse mezrû' arsasını ve ekinini hibe edecek olduğunda, evvela arzı sonra ekini, yahut evvela ekini sonra arzı hibe ettiğinde, eğer teslîmde cem' eder ise ikisinde dahi hibe câiz olur. Ve eğer teslîmde tefrik ederse, yâni evvela arsayı sonra ekini, yahut evvela ekini sonra arzı teslîm ederse sahîh olmaz. *(Hindiyye)* (Üçüncü mes'eleye bak.)

Nitekim bir kimse, arsası mukātaalı vakıf ve eşcârı mülk olan bahçesinin arsasını izn-i mütevelli ile ferâğ etmeden eşcârını yahut arz-ı mîrî ve kürûmu mülk bağın yerini, izn-i sahibi arz ile ile ferâğ etmeden mezkûr bağı kebîr oğluna hibe etse sahîh değildir. Zîra kökler yere girmiş ve tedâhul eylemiş olmakla müşâ' hükmündedir. *(Ebussuudü'l-ımadi).* Amma sağîre hibe câiz olduğu 851. madde şerhinde geçti. *(Ali Efendi)*

Şu kadar ki vâhib, binayı arsasız, yahut zer'-i arzsız yahut ağaç üzerindeki yemişi ağaçsız hibe edip de vâhib, binayı nakz veya ekini hasad ve yemişi toplamak ile mevhûbün-lehe sarâhaten izin verip de, o da binayı nakz ve ekini hasad etse ve yemişi toplasa da kabz eylese sahîh olur. Zîra mevhûbün-lehin emr-i vâhib ile fi'li bizzat vâhibin fi'li gibidir. *(Velvâliciyye)* Amma sarâhaten izin vermediği takdirde, meclis-i hibede mevhûbün-leh hasad veya nakz etse veya toplasa bile hibe sahîh olmayıp mevhûbu zâmin olur.

Fakat mukāta'alı vakıf yer, yahut arz-ı mîrî üzerindeki hânenin hibesi câizdir. Bu hâne bağ ve bahçe gibi değildir. Çünkü bina gars gibi olmayıp mevhûba ittisali zaîf olmakla müşâ' hükmünde değildir. *(Ebussuudü'l-ımadî)* Bu vechile hibe edilen yalnız ebniye olacağından, vâhib arsasından ebniyeyi mevhûbün-lehe ref' ettirebilir. Yoksa ebniyeye tebean arsa dahi hibe edilmiş olmaz. *(Ali Efendi kubeyle nev'in fi'l-hibe li's-sağîr)*[45]

14. Mes'ele: Hibetü'ş-şağıl câizdir. Yâni vâhib kendi mülkünü şağıl bulunan bir malını hibe etse caiz olur.[46]

Meselâ vâhib, hânesi derûnundaki eşyasını birine hibe ve hâne ile birlikte teslîm etse sahîh olacağı gibi; bir kimse kütübhânesinde bulunan bi'l-cümle kitablarını oğluna hibe ve kütübhâneyi ol kitablarıyla ma'an teslîm edip, o da kitabları ve kütübhâneyi kabzetse hibe tamâm olur. *(Ali Efendi)* Nitekim, çuvaldaki dakîki hibe ederek, dakiki çuval ile ma'an teslîm etse câiz olur.

Kezâ hayvan üzerindeki yalnız yükü hibe ve hayvan ile ma'an teslîm etse, yahut kırbadaki yalnız suyu hibe edip kırba ile berâber teslîm etse câiz olur. *(Hindiyye)* Zîra bu sûretlerde mevhûb gayr-i meşgul ve belki mülk-i vâhibi şağıl olup, bu ise vâhibin mevhûb üzerine sübût-i yedini îcâb etmez. Vakı'â vâhibin yedi zarfında kāim ise de zarf, âlet-i hıfz olmakla tâbi' olduğundan tâbi'de sübût, yed-i asılda yedin kıyâmını îcâb eylemez. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Bu misâllerde "mevhûbü meşgul ile birlikte teslîm etse" denilmesi, yalnız olarak mevhûbun teslîm olunması sûretinden ihtirâz için değildir. Belki bu sûretde yâni mevhûb yalnız olarak teslîm edilmesi takdirinde, hibe bi-tarîkı'l-evleviyye tamâm olur.

Amma hibetü'l-meşgul, yâni vâhibin metâ' ve mülküyle meşgul bir malın hibesi câiz değildir. *(Behce)* Zîra mevhûb, metâ'-ı vâhible meşgul olunca müşâ' gibi ve müşâ' hükmünde olur.

Meselâ bir kimse, hânesini, derûnunda emtiası bulunduğu halde âhara hibe ve teslîm etse câiz olmaz. Meğer ki mezkûr hâneyi emti'a-i merkūmeden ba'de't-tahliye teslîm ede. O halde sahîh olacağı gibi emtiayı dahi hibe ederek küllîsini mevhûbün-lehe teslîm ettiğinde yine sahîh olur. (24. maddeye bak.) *(Tahtâvî)*

Nitekim bir kimse, şu iki odayı hibe edip de yalnız birisini meşgul olarak teslîm etse, hiçbirinde hibe sahîh değildir. *(Hindiyye)* İzin bi'l-kabz tahliye ve teslîmden sonra olması lâzım olup, evvelce yâni kable't-tahliye olan izne i'tibâr yoktur; kable't-tahliye olan teslîme i'tibâr olunmadığı gibi. Şu kadar ki mevhûb hânede ecnebî insan-ı hürün bulunması sebebiyle ol hâne meşgul addedilmeyeceğinden hibe sahîh olur. *(Kāidiyye)* Lâkin, vâhib yahut ehli, hânede bulunduğu halde teslîm edilse, şu teslîm sahîh olmaz. *(Hindiyye ani'l-Hâniyye)*

---

45 هبة البناء بدون الارض جائزة, هنديه فى الباب الحادى عشر.
46 لان الظرف يشغل المظروف اما الظرف فلا يشغل المظروف, حموى.

Müstesneyât:

Üç nev' meşgulün hibesi câizdir. Şöyle ki:

Evvelen: Baba, tıflına meşgulü hibe etse câiz olur. *(Dürr-i muhtâr)* Meselâ bir kimse eşyasıyla meşgul menzilini yahut mezrû' ekiniyle meşgul mülk tarlasını tıflına hibe veya sadaka ve işhâd etse sahîh olur. Amma bir kimse kebîr velediyle ma'an sâkin olduğu mülk menzilini metâ'ı ile meşgul iken veled-i merkūme hibe ettiğinde, bilâ tahliye ve teslîm hibe sahîh değildir. *(Ali Efendi)*

Sâniyen: Zevce, kendisinin zevciyle sâkine bulunduğu ve içinde eşyası olduğu hâneyi zevcine hibe etse câiz olur. *(Dürr-i muhtâr)*[47]

Hatta tahliye ve teslîm olunmadan zevc fevt olsa, veresesi ol hâneyi mîrâsa idhâl edebilirler. Zîra zevce, yedindeki emtiasıyla zevcin yedindedir. *(Hamevî ve Ali Efendi)*

Sâlisen: Mâlikin gayri bir kimsenin mülküyle mevhûbun meşguliyyeti, tamâmiyyet-i hibeyi muhill değildir. *(Mecma'u'l-enhur ve Ali Efendi)* Şöyle ki; meselâ bir kimsenin mülk dükkânı diğer kimesnenin zâhiresiyle meşgul olduğu halde o kimse, mezkûr dükkânı bir şahsa hibe ve zahîresiyle meşgul olduğu halde teslîm etse, dükkânda hibe sahîh olur. *(Behçe ve Ali Efendi)*

Nitekim, müste'îrin eşyasiyle meşgul bulunan hâneyi mu'îr, müste'îre hibe etse sahîh olur. *(Ebussuud)*[48]

Kezâ mevhûb hânede vâhibin veya mevhûbün-lehin gasb eylediği metâ' bulunduğu halde hâne teslîm olunsa hibe sahîh olur.[49]

15. Mes'ele: Bir kimse hânesini hafîdine hibe ettiği mecliste "Şu hânemi hafidime hibe ve teslîm eyledim, hâne içinde asla nesne kalmadı." diye ikrâr ve işhâd ettikden sonra fevt olmakla veresesi hîn-i hibe ve teslîmde "Hâne mûrisimizin metâ'ıyla meşgul idi." diye iddia etse mesmû' olmaz. Zîra ol kimsenin şu ikrârı sahîhdir. (1587. maddeye bak.) *(Ali Efendi ve Hamiş-i Behce)*

16. Mes'ele: Hibe-i meşgulde hile şudur ki, evvela şâğıl bulunan mal, mevhûbün-lehe îdâ' ve teslîm olunduktan sonra hâne teslîm olunmalıdır. Bu halde hibe ve teslîm sahîh olur. *(Hamevî fî evvel-i kitabi'l-hibe)*

---

47 لان المرأة مع الدار والمتاع فى يد الزوج فكانت الدار فى يد الموهوب له معنى فصحت الهبة, طحطاوى.

48 اعار دارا انسانا ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار لانه تبين ان الشاغل ملك غير الواهب, طحطاوى.

49 لان يد غيره قاصرة عنها فلم يظهر انها مشغولة بمتاع الواهب, بحر. ومن صور ذلك ما لو وهب دارا بما فيها من المتاع او وهبه جوالق بما فيها من المتاع وسلمها الى الموهوب له ثم استحق المتاع فالهبة تامة فى الدار والجوالق لان يد الواهب كانت ثابتة على الدار والمتاع جميعا حقيقة فصح تسليمه, طحطاوى.

17. Mes'ele: Meşgul ile şâğıl ayrı ayrı hibe olunarak teslîmde tefrik olunduğunda bakılır. Evvela meselâ hâne hibe ve meşgulen teslîm olunursa, hânedeki hibe gayr-i sahîh olur. (14. mes'eleye bak.) Amma evvela metâ'ı hibe ve teslîm ettikden sonra hâneyi hibe ve teslîm ederse ikisinde dahi sahîh olur. *(Hindiyye ani'l-Haniyye)*

18. Mes'ele: Hibe-i meşgul fâside olmayıp gayr-i tâmme ve mevkūfe olduğu Benâye'de beyân olunmuştur. *(Ali Efendi ve Hamevî fî evâili'l-hibe)*

19. Mes'ele: Hibe-i fâside ile hibe olunan mal, kabz olunduğunda mülkü ifâde etmesinde ihtilâf olunduğu fakat müftâ-bih olan; hibe-i fâsidenin mülkü ifâde etmesi olduğu, ikinci mes'elede beyân olunmuş idi. *(Dürer ve Mecma'u'l-enhur ve Redd-i muhtâr)*

Ma'a-zâlik; hibe-i fâside, hibe-i sahîhadan üç hükümde iftirâk eder.

Hükm-i evvel: 866. maddede mezkûr garâbet ve kezâ sâir mevani'-i rücû', hibe-i fâsideden rücûa mâni' olmadığı gibi, vâhib fevt olduğunda vârisi dahi rücû' edebilir. Zîra hibe-i fâside mazmûne olup ba'de'l-helâk mazmûne bulunan, kable'l-helâk müstahakku'r-redd olacağından; vâhib hibeden rücû'a mevhûbu istirdâda mâlik olur. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve Tahtâvî).*

Hükm-i sâni: Hibe-i fâside ile makbûz olan mal, mevhûbün-leh üzerine mazmûndur. Yâni yed-i mevhûbün-lehde mâl-i mevhûb helâk olsa, mevhûbün-leh üzerine zamân lâzım gelir. Hâlbuki hibe-i sahîhada zamân lâzım gelmeyeceği 871. maddeden müstefâd olur. ***Redd-i muhtâr***'ın ***Nihâye*** ile Hayreddin-i Remlî'den nakline göre, mezkûr kitablarda zamân, sûret-i mutlakada mezkûr iken Şürünbülâlî ***Dürer Haşiyesi***nde zamânı takyîd eyleyerek demiştir ki; fâsiden mevhûb vâhibin izniyle kabzedildiği cihetle, yed-i mevhûbün-lehde bilâ-ta'add velâ taksîr telefi takdirinde zamân lâzım gelmemelidir. Zamân lâzım gelişi, mevhûbün-leh onu kendi sun' ve fi'liyle itlâf eylediği yahut mevhûbün-leh vâhibin sarâhaten izni olmaksızın mâl-i mevhûbu kabz eylediği takdirdedir. İntehâ.

Hibe-i fâsidenin mazmûniyetine fürû'-ı âtiye teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: Bir kimse diğer kimesneye on altın teslîm ederek "Bunun üçü senindir, bâkīsini filan şahsa teslîm ediniz." dedikten sonra, mezkûr on altın o kimesne yedinde telef olsa, o kimesne üç altını zâmin olur. Zîra onu hibe-i fâside ile kabzetmiştir. Amma bâkīsi emanet olmakla zamân lâzım gelmez.

Sâniyen: Bir kimse diğer kimesneye on altını teslîm edip de, "Bunun beşi sana hibedir, bâkī beşi de yedinde vedî'adır." dedikten sonra, o kimesne ondan beş altını istihlâk ettiği halde diğer beş altın yedinde telef olsa, kābız üzerine yedi buçuk altının zamânı lâzım gelir. Zîra hibeten verilen beş altın hibe-i fâside bulunmak cihetiyle mazmûn olduğu gibi o kimesnenin istihlâk ettiği beş altının nısfı mazmûn ve diğer nısfı emanet olmakla yedi buçuk liranın zamânı lâzım geldi. *(Haniyye fi'l-gasb)*

Hükm-i sâlis: 838. madde şerhinde zikrolunduğu üzre hibe-i fâsidede tahliye bi'l-ittîfâk kabz değildir.

Mebhas-i Sânî

Sarâhaten zikrolunmaksızın hibede dâhil olup olmayan şeyler hakkındadır.

20. Mes'ele: Bey'-i arzda min gayr-i zikrin dâhil olan şeyler arzı hibede dahi min gayr-i zikrin dâhil olur. Şöyle ki; bir kimse bir arsayı hibe ve teslîm ettiğinde, üzerindeki ebniye ve eşcâr min gayr-i zikrin dâhil olur. Amma arzı hibe ve sadakada ekin, min gayr-i zikrin dâhil olmayacağı gibi, eşcârı hibede dahi min gayri zikrin esmâr ve evrak-ı mütekavvime dâhil olmaz ve bu halde hibe fâsid olur.[50] (14. mes'eleye bak.) *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâdî aşara)*

21. Mes'ele: Beyti hibede ulüvv ve selâlîm (merdivenler) müfreze dâhil olmaz. Velev ki hîn-i hibede mürâfıkıyla diye.[51]

859. MADDE

[**Vâhibin**] ve mutasaddıkın hem hakīkaten veya hükmen [**âkıl**] hem de [**baliğ**] yâni teberru'a ehil [**olması**] hibenin sıhhatinde [**şarttır.**] Çünkü tasarruf-ı muzırrda ehliyet-i kâmile şart olmakla, ehliyet-i kâmile bulunmayınca tasarruf-ı mezkûr sahîh olmaz. *(Dürr-i Müntekā ve Mecma'u'l-enhur)* (967. maddeye bak.)

Mecnûnun dahi hâl-i cünûnunda gerek muzırr ve gerek nâfi' bil-cümle tasarrufatı bâtıldır. Gerek mecnûn-ı mutbık olsun ve gerek gayr-i mutbık olsun.

Hakīkaten âkıl zâhir olup; hükmen âkıla gelince bu da hamrdan ve bunun gibi muharremattan sekrân olan kimseden ibârettir ki bu sekrân, hükmen âkıl ve mükellef sayılmakla hibesi sahîh olur. *(Tahtâvî)*

[**Binâenaleyh sağîr ve mecnûn ve ma'tûhun**] kendi malı [**hibesi**] velev bi-ivaz olsa ve hatta ivaz mâl-i mevhûbdan ziyâde bulunsa bile [**sahîh değildir.**] Yâni bâtıldır. Ve lizâlik ba'de'l-bülûğ ve'l-ifâka mücîz olsa bile şu icâzet câiz olmaz. Zîra icâzet, ukūd-ı mevkūfeye lâhık olur. Yoksa ukūd-ı bâtılaya lâhık olmaz. Lâkin ba'de'l-bülûğ ve'l-îfâka müceddeden akd-i hibe edilirse ol halde sahîh olur. *(Dürr-i Müntekā)* Mecnûnun ta'rîfi 944. maddede ve ma'tûhun ta'rîfi dahi 945. maddede mezkûrdür.

Buradaki sağîr lafzı, mutlak olarak mezkûr olmasından anlaşılır ki: Sağîr gerek mümeyyiz olsun, gerek gayr-i mümeyyiz olsun; ve sağîr-i merkūm mümeyyiz olduğu takdirde

---

50 لانه بمنع التسليم.

51 لانها بمنزلة متاع موضوع فى البيت العلو لايدخل فى بيع البيت بذكر المرافق فلا يدخل فى الهبة, خانيه فى اوائل الهبة.

gerek me'zun olsun ve gerek gayr-i me'zun olsun; ve sağîr-i merkūm me'zun bulunduğu sûretde gerek izn-i âmm ile me'zun olsun ve gerek bilhassa ma'lûm ve mu'ayyen malının hibesine me'zun olsun e'amdır. Yâni cümlesinin hibesi bâtıldır.

Bu cihetle sabî-i mümeyyiz-i me'zun, mal satıp da parasını küllen veya ba'zan müşteriye hibe ettiğinde, gerek 847. madde vechile kable'l-kabz hibe etsin ve gerek ba'de'l-kabz hibe etsin sahîh olmaz.

Yine bu cihetle bir sağîr, malını pederinin izniyle sadaka verse sahîh olmaz. *(Hindiyye)* Bu halde, sabînin istirdâda hakkı olup, fakîre o sadaka helal olmaz.

Yine bu cihetle bir kadın, baliğa olduğu beyâniyle mihrini zevcine hibe ettikden sonra, "Vakt-i hibede baliğa değil idim." dese nazar olunur. Ol kadının vakt-i hibede kadd ve kāmeti baliğa kadınların kadd ve kāmeti gibi ise, yahut kendisinde alametü'l-bülûğ bulunsa, "Baliğa değil idim." demesi kabûl olunmaz ise de, böyle olmadığı sûretde söz kendisinindir. *(Hindiyye)* (989. maddeye bak.)

Kezâ hibe mutlak olarak zikrolunmasından müstefâd olur ki; hibe gerek ivaz mukābilinde olsun ve gerek bilâ ivaz olsun. İvaz ile olduğu sûretde mezkûr ivaz gerek kıymetce mâl-i mevhûba müsavî veya ondan ziyâde veya nâkıs olsun e'amdır. Yâni suver-i mezkûrenin küllîsinde hibe sahîh değildir. *(Zamânât)*

Bu cihetle sağîr, malını bir kimesneye hibe ve teslîm edip de o kimesne dahi ol sabîye ivaz verse, hibe bâtıl olduğu gibi; ivaz dahi gayr-i sahîh olacağından mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu redd ile ivazı istirdâd eder. *(Haniyye)*

Şerhan işâret olunduğu üzre sağîrin hibesinin adem-i sıhhati, sağîr kendi malını hibe ettiği takdirdedir. Amma sağîr, bir kimesneye hediye götürüp de "Pederim bu hediyeyi sana gönderdi." dese, o kimesne bu hediyeyi tenâvül edebilir. Meğer ki sabî-i merkūmun kâzib olduğu kalbine vâki' ola. *(Hindiyye)*

Velîyyü's-sağîr dahi mâl-i sağîri bi-ivaz veya bilâ-ivaz hibe edemez. (58. maddeye bak.)

Bu cihetle sağîrin pederi veya vasîsi veya kadı, sağîrin malını bi-ivaz veya bilâ-ivaz birine hibe etse, şu hibe sahîh olmaz. Zîra bunda zarar-ı dünyevî vardır. *(Cevahiru'l-fıkh ve Dürr-i Münteka)*

Yine bu cihetle bir kimsenin diğer kimesneye hediye ettiği yoğurt, ol kimsenin sağîr oğlunun ineğinin sütünden yapıldığı tebeyyün etse, hediye câiz değildir. Ve baba, mezkûr sütten yoğurt i'maliyle ona mâlik olamaz. *(Hindiyye)*

Yine bu cihetle müteveffânın bir şahıs zimmetinde bulunan alacağını, müteveffâ-yı merkūmun sağîr oğlunun vasîsi ol şahsa hibe ve âmme-i da'vâdan onu ibrâ etse sahîh olmayıp, sağîr baliğ olduğunda mezkûr alacağını şahs-ı merkūmdan alır.

Şu kadar var ki, velî veya vasîyyü's-sağîrin hibe ettiği alacak, kendi akdiyle lâzım gelmiş bir alacak ise, İmam-ı A'zam ve Muhamed rahımehümâllahü Te'âlâ'ya göre şu hibe ve ibrâ sahîh olup sağîr için meselâ vasî-yi merkūm zâmin olur. Amma İmam Ebû Yusuf'a göre mezkûr ibrâ ve hibe sahîh olmaz. *(Ali Efendi)*

Mütevellînin hibe ve ibrâsında dahi hüküm minval-ı meşrûh üzredir. (685. madde şerhine bak.)

[**Amma**] mevhûbün-lehin âkıl ve baliğ olması şart değildir. Binâenaleyh [**bunlara**] yâni sağîr ve mecnûn ve ma'tûha [**hibe sahîhdir.**] ve 852. maddede muharrer olduğu üzre velîsinin veya mürebbîsinin yahut 853. maddede mezkûr olduğu vechile sağîr-i mümeyizin kabzıyla hibe tamâm olur. (967. maddeye bak.) Çünkü sağîrin şol tasarrufu ki, hakkında nef'-i mahz yâni min külli vechin sağîre asla zararı bulunmaya. Ol sağîr mümeyyiz olur ise velîsinin iznine mevkūf olmayarak sahîh olur. Zîra sağîre nef'-i mahz olan tasarrufatta, sağîrin ehliyet-i kāsırası kifâyet eder. *(Mecma'u'l-enhur ve Dürr-i münteķâ)*

Ber-vech-i muharrer bu gibi kāsırîne hibe sahîh ise de, şu hibeye mukābil sağîrden ivaz verilemez. Velev ki hibe bi-şartı'l-ivaz ola. Hatta sağîre bir şey hibe edilip de vâhib rücû' edememek için sağîrin velîsi sağîrin malından velev ki cüz'î bir şeyi ivaz verse sahîh olmadığı yâni bâtıl olduğu cihetle, vâhib dehi hibesinden rücû' edebilir. *(Bezzâziyye ve Ankaravî)* Vâhibin hakk-ı rücû'unu iskāt için velîyyü's-sağîr tarafından mâl-i mevhûb değer fiyatla bey' olmalıdır.

Bu fıkrada "bunlara" denilmesi hamlden ihtirâz içindir. Şöyle ki mevhûbün-leh haml yâni batn-ı ümm'deki (ana karnındaki) cenîn olur ise hibe bâtıldır. Meselâ bir kimse zevcesi batnındaki cenîne bir malı hibe veya tasadduk etse sahîh olmaz. *(Behce)*

Nitekim bir kimse malını hayy ve meyyite, yahut insan ve duvara hibe etse, hibenin küllîsi hayy ve insan için olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni)*[52]

860. MADDE

[**Hibe**] ve hediye ve sadaka ve ibrânın nefâzın[**de vâhibin rızâsı lâzımdır.**] Vâhibin rızâsı olmamak iki sûretle olur.

Sûret-i ûlâ: Cebr ve ikrâh ile olmakla olur. [**Binâenaleyh cebr ve ikrâh ile**] ve rızâsı olmayarak olan [**hibe sahîh**] yâni eğer ikrâh olunan kısımda nâfiz[**değildir.**] Belki fâsiddir. (1006. maddeye bak.)

---

52 اشار الى ان الايجاب اذا وقع لمن يملك ولمن لا يملك بوجه من الوجوه كان الايجاب بكماله لمن يملك, هنديه فى الباب الثانى عشر.

Bu cihetle bir kimse zevcesini darb, şetm, yahut ebeveyninin ziyaretine gitmekten men' edip mihrini hibe ettirse şu hibe sahîh değildir. *(Ankaravî)*

Yine bu cihetle bir kimse bi'l-ikrâh hibe edip de mücbir huzurunda tâyi'an teslîm etse bile yine hibe sahîh değildir. Zîra hibeye ikrâh, teslîm-i mevhûba ikrâhı müstelzim olur. Bunda "mücbir huzurunda" denildi. Zîra vakt-i teslîmde mücbir hazır olmasa hibe sahîh olur. *(Redd-i muhtâr fi'l-ikrâh)*

Yine bu cihetle bir kimse diğerine bir şeyi hibe ettikden sonra "Şu hibe ikrâh ile olmuş idi." diye da'vâ ve isbât etse mevcûd olunca mevhûbu istirdâd eder. *(Ali Efendi)* Ve mevhûbün-leh gāib olup da istirdâdı mümkün olmasa bedelini mücbirden alır. *(Zamanât)* (1635. maddeye bakınız.)

Yine bu cihetle mâl-i mevhûb, mevhûbün-leh yedinde telef olsa, vâhibin hakk-ı tazmîni vardır. Şöyle ki vâhib hibe etmesiyle ikrâh olunduğu gibi mevhûbün-lehe dahi kabûl-i hibe ile ikrâh edilerek kabûl etse nazar olunur. Mevhûbün-leh eğer "Vâhibe iâde için kabzettim." derse, yemini ile tasdîk olunarak mevhûbün-leh yedinde emanet olur. Amma mevhûbün-leh "Kendime mülk olmak yahut mücbire vermek üzre aldım." der ise, mükreh 910. maddeye mebnî muhayyer olur. Dilerse mücbire, dilerse mevhûbün-lehe tazmîn ettirir. *(Zamanât)* (2. maddeye ve şerhine bak.)

Nitekim mevhûbün-leh, mükreh olmayarak alır ise, vâhib yine ber-vech-i muharrer tazmînde muhayyerdir.

Cebr ve ikrâh ile olan hibe sahîh yâni nâfiz olmayıp fâsid olmakla, mevhûbün-leh mâl-i mevhûba mülk-i fâsid ile mâlik olur. Ve ba'de zevâli'l-ikrâh icâzete tevakkuf eder. Zîra akd-i hibe ve teslîm-i mülkü isbât eder. Velev ki bi'l-ikrâh ola. Lâkin ikrâh nefâzı men' eyler. *(Mecma'u'l-enhur fi'l-ikrâh ale'l-bey' ve Dürr-i Müntekā fi'l-ikrâh)*

Bu cihetle yâni bi'l-ikrâh vukū' bulan hibe ve teslîm kābil-i icâzet olmakla mükreh, ba'de zevâli'l-ikrâh hibe-i mezkûreyi mücîz olsa nâfiz olur ki, icâzet ya kavlen olur, "Mücîz oldum ve razıyım." demek gibi; ya fi'len olur, mücbir huzurunda olmayarak mâl-i mevhûbu tâyi'an teslîm yahut hibenin ivazını tâyi'an kabz ve kabûl gibi. Hatta bi'l-ikrâh akd-i hibe olunduktan sonra vâhib ivazı tay'ian kabûl etse bi'l-ikrâh vâki' olan hibeyi mücîz olmuş olur. *(Ali Efendi ve Zamânât)*

Mecelle'de "Hibe sahîh değildir." denilmesiyle iki hüküm müstefâd olur.

Hükm-i evvel: Hibe yalnız ikrâh vâki' olan kısımda nâfiz değildir. Amma ikrâh vâki' olmayan kısımda hibe nâfizdir. Şöyle ki, kābil-i kısmet olmayan bir malın, bir hissesini bir şahsa hibe ile ikrâh olunan kimse o malı o şahıs ile diğer bir adama hibe etse, şahs-ı merkūm hakkındaki hibe sahîh değil ise de ol adam hakkındaki hibe sahîhdir. *(Zamânât)*

Nitekim vâhib hibe edilmeğe icbâr olunan malın gayrisini hibe ederse hibe nâfiz olur. Şöyle ki mücbir meselâ elli mecidiyeyi hibe ile ikrâh ettiği halde mükreh on altını hibe etse câiz ve cinseyn tehâlüf ettiği cihetle vâhib hibesinde tâyi' olur.

Hükm-i sâni: Mükreh ikrâh olunan akdin gayrisini îkā' ederse ol akid nâfiz olur. Binâenaleyh, mücbir hibeyi ikrâh etmiş iken mükreh tasadduk etse nâfiz olacağı gibi, mücbir tasadduka ikrâh ettiği halde mükreh hibe etse nâfiz olur. *(Zamânât)*

Sûret-i sâniye: Vâhibe vâkıf olmadığı lisandan "Hibe ettim." cümlesinin ma'nâsını mutazammın sözü söyletmek ile olur. Şöyle ki mevhûbün-leh vâhibe, "Vehebtü minke mâlî aleyke mine'l-elf" de; demesiyle, vâhib dahi lisan-ı Arabî'ye ve bu cümlenin ma'nâsına gayr-i vakıf iken mezkûr kelâmı söylese, ona alacak hibe edilmiş olmaz. Gerçi bu mes'elede ikrâh yok ise de vâhibin rızâsı yoktur. *(Ankaravî)* Âtî'z-zikr birinci fâideye bakınız.

Fâidetân:

1- Ma'nâsı âkıdin ma'lûmu olmayan lafız ile, bazı fukahâ hiçbir akid sahîh olmayacağını ve bazı fukahâ her akid sahîh olacağını ve bazı fukahâ nikâh gibi hezl ve ciddi müsâvî olan akid sahîh, ve bey' gibi hezl ve ciddi müsâvî olmayan akid gayr-i sahîh olacağını beyân eylemişlerdir. *(Dürr-i Münteka şerhi'l-Münteka fî evâili'n-nikâh)*

2- On para zanniyle sâile kırk para verildiğinde; bazı fukahâ verirken "On parayı verdim." der ise, istirdâd olunur. "Bunu verdim." der ise, olunamaz demişler; ve diğer bazı fukahâ ise, iki halde dahi istirdâd olunamayacağını beyân etmişlerdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşera)*

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HİBE
BÂB-I SÂNÎ

[Ahkâm-ı hibe beyanında olup iki faslı şamildir.]

FASL-I EVVEL

[**Hibeden rücû' hakkındadır.**]

Yâni bu fasılda hibeden rücû' câiz olan ve olmayan mesâil beyân olunacaktır.

Bu ünvândaki hibe lafzı mevhûb ma'nâsınadır. Zîra rücû' ancak a'yan hakkında olabilip, yoksa akvâl hakkında olamaz. *(Ebussuud)* Ve hibenin mevhûb ma'nâsında isti'mâl kılındığı 833. madde şerhinde beyân edilmiş idi.

Hibede hediye dahi dâhil olmakla, vâhibin rücû'u câiz olan mesâilde mühdî dahi hediyesinde rücû' edebilir. *(Kuhistânî)* Sadakadan rücû' câiz olmamakla bunda hibe ta'bîri sadakadan ihtirâz için olduğu gibi bundaki hibeden maksûd dahi ganîye olan hibe olup amma fakīre edilen hibe sadaka olacağından bundan dahi rücû' olunamaz.

Hibeden rücû', atîde beyân olunacağı üzre sahîh ise de denâet olmakla berâber bazı ulemâya göre rücû' ani'l-hibe kerahet-i tahrîmiyye ile mekruhtur. *(Tenvir ve Kuhistânî)* Diğer bazı fukahâya göre kerahet-i tenzîhiyye ile mekruhtur ki, kerahet-i tenzîhiyye, kerahet-i tahrimiyyeden ehaff ve mübâh kabîlinden yahut mübâha karîbdir. *(Mecma'u'l-enhur ve Dürr-i Müntekā)*

861. MADDE

[**Mevhûbün-leh**] ba'de'l-îcâb onun veya nâibinin [**kabz**] etmesi [**ile mevhûba**] bi-tarîkı'l-hibe mülk-i gayr-i lâzım ile [**mâlik olur.**] *(Hidâye)* Mevhûbün-leh vâhid ise müstekıllen, ve müteaddid ise bi'l-iştirâk mâlik olur ki, şu mülk müstahıkku's-selâme değildir.

Meselâ bir kimse iki kimesneye hitâben "Bu malı ikinize hibe ettim." deyip, teslîm ve onlar da ittihab ve tesellüm ederler ise mevhûbün-lehüma münâsafeten mâlik olurlar. Fakat sübût-ı mülkte şerâit-i âtiyenin vücûdu lâzımdır.

1-Mevhûb, muhavvez yâni vâhibin mülk ve hukukundan müfrez ve **2-**Mevhûb vâhibin mülküyle gayr-i meşgul olmak ve **3-**Hibe bi-tarîkı'l-muvaza'a olmamak ve **4-**Kabz-ı mezkûr kabz-ı kâmil bulunmak yâni vakt-i kabzda kābil-i kısmet olan mevhûb müşâ' olmamak şarttır ki tafsîlatı 858. maddesi şerhinde zikrolunmuştur. Muvâza'a dahi karîben îzâh olunur.

Hulâsa, mevhûbda mevhûbün-lehin mülkünün sübûtunda mevhûbun kabzı şarttır. Buna müteferri' bazı mesâil ber-vech-i âtî beyân olunur.

1-Ba'de'l-akd ve kable'l-kabz mevhûbda hâdis olan zevâid vâhibindir. Hâlbuki ba'de'l-bey' ve kable'l-kabz bey'de hâdis olan zevâid, müşterinin olduğu 236. maddede musarrah olmakla bu hususta bey' ile hibe iftirâk eder. *(Kaidiyye)*

2- Kable'l-kabz vâhib, kendi kendine rücû' edebilir. (862. maddeye bak.)

3- Vâhibin ba'de'l-îcâb mevhûbün-lehi kabzdan nehyedebilir. Ve ba'de'n-nehy, mevhûbün-leh artık kabzedemez. (96. maddeye bak.)

4- Kable'l-kabz, tarafeynden biri fevt olsa hibe bâtıl olur. (862. maddeye bak.)

5- Kable'l-kabz mevhûbda vâhibin tasarrufu sahîh ve mevhûbün-lehin tasarrufu gayr-i sahîhdir. (96. maddeye bak.) Hatta vâhib, racül-i gāibe derâhimi hibe edip de bir resûl ile gönderdiğinden, mevhûbün-leh resûle "Bu meblağı sana tasadduk ettim." dese câiz olmadığı gibi resûle "Benim tarafımdan fukarâya tasadduk et." dese de o da tasadduk etse vâhib resûle tazmîn ettirir. *(Haniyye fî evaili'l-hibe)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Onun veya nâibinin: Mevhûbün-lehin kabzı zâhir olup, nâibinin kabzı ber-vech-i âtî îzâh olunur. Şöyle ki; bir kimse bir malı diğer kimesneye hibe edip de mevhûbün-leh o malı kable'l-kabz meclis-i mezkûrde bir şahsa hibe veya îcâr edip, şahs-ı merkūm onu kabzetse; şu kabz o kimsenin kabzı makāmına kāim ve hibe câiz olur. Amma ikinci bey' veya hibe-i sâniye veya îcâr câiz olmaz. *(Kā'ideyye)*

2- Mevhûbün-lehin: Mevhûbün-lehin mevhûba mâlikiyyeti hibe ile olup yoksa başka şey ile değildir. Binâenaleyh medyûn, dâyinine bir malı hibe ve teslîm etse dâyin, mezkûr mala hibe ile mâlik olup yoksa deyni yâni alacağı mukābilinde mâlik olmuş olmaz. *(Hindiyye)* Bu halde medyûn, deynini başkaca mevhûbün-lehe vermesi lâzım gelir.

3- Gayr-i lâzım: Mevhûbün-leh kabz ile mevhûba mâlik olur ise de şu mülk suver-i seb'anın mâ'adâsında lâzım olmamakla, vâhib hibesinden ma'a kerahete't-tahrîm rücû' edebilir. *(Mecma'u'l-enhur ve Tahtâvî)*

4- Bi'l-iştirâk: Meselâ vâhib, bir malı bir oğluna ve bir kızına hisseleri ta'yîn etmeyerek bi-tarîkı'l-icmâl hibe etse, İmam Ebû Yusuf'a göre münâsafeten mâlik olurlar. Yoksa irsde olduğu gibi sülüs ve sülüsan olarak değil. *(Ankaravî)*

5- Müstahıkku's-selâme değildir: Akd-i hibe ve akd-i sadaka teberru' olmakla, müstahıkku's-selâme değildir. *(Dürer)* Şöyle ki: Mevhûb kabz olunduktan sonra mevhûbün-leh yedinde telef olup da ba'dehü bir müstahık çıksa, müstahıkk-ı merkūm muhayyerdir. Dilerse vâhibe tazmîn ettirir; ve bu halde mevhûbün-lehe rücû' edemez. Ve dilerse mevhûbün-lehe tazmîn ettirir; ve bu vechile mevhûbün-lehe tazmîn ettirirse mevhûbün-leh vâhibe rücû' edemez. *(Hidâye ve Kenz ve Hindiyye)*, (658. maddeye ve şerhine bak.)

Şu kadar ki vâhib, mevhûbun selâmetini mevhûbün-lehe zâmin olursa, ol halde mevhûbün-leh yedinde telef olmasından dolayı müstahık ona tazmîn ettirirse, mevhûbün-leh dahi vâhibe rücû' eder. *(Abdülhalîm ve İnâye ani'z-Zahîre ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis)*

Mevhûbün-leh, mâl-i mevhûba mâlik olmak için hibenin bi-tarîkı'l-muvâza'a olmaması şarttır. Hibe, bi-tarîkı'l-muvâza'a olur ise, mevhûb yine vâhibin mülkü olarak kalır. Şöyle ki bir kimse mülk hânesini bi-tarîkı'l-muvâza'a zevcesine hibe ve teslîm ettikden sonra ol kimse fevt olsa, mezkûr hâne ol kimsenin bi'l-cümle veresesine mevrûs olur; eğer muvâza'a sâbit olur ise. Yoksa zevce-i mezbûre onu müstakılleten zabt edemez.

Sıhhat-i hibeye mâni' olan muvâza'a, akd-i hibeye mübâşeret etmeden evvel mevhûb, vâhibin mülkünde mukarrer olmak üzre vâhib ile mevhûbün-leh ittîfâk edip de sûret-i hibeyi ikrâr ve tasdîk etmekten ibârettir. *(Ebussuudü'l-İmâdî)*

862. MADDE

[**Kable'l-kabz vâhib hod-be-hod**] yâni 864. maddede zikrolunduğu üzre rızâ ve kazâya hâcet kalmayarak [**hibeden**] ve hediye ve sadakadan küllen veya ba'zan [**rücû'**] yâni itmâm-ı hibe ve hediye ve sadakadan imtinâ' [**edebilir.**] Mevadd-i âtiyede beyân olunan mevâni'i rücû'dan biri gerek bulunsun ve gerek bulunmasın; ve vâhib tarafından mevhûbun kabzı için mevhûbün-lehe izn-i sarîh gerek verilmiş olsun, gerek olmasın ve mevhûbün leh gerek hazır olsun ve gerek gāib olsun. Zîra kable'l-kabz hibe zaten tamâm değildir. (837. maddeye bak.)

Meselâ bir kimse kebîr oğluna bir malı hibe edip, kable't-teslîm, nâdim olarak rücû' etse sahîh olur. *(Behce)*

Şerh-i madde sırasında işâret olunduğu üzre, kable'l-kabz vâhibin küll-i hibesinden rücû'a hakkı bulunduğu gibi, bazı hibesinden dahi rücû'a hakkı vardır. Şöyle ki meselâ vâhib on altını hibe edip de, kable'l-kabz dördünden rücû' ederek altısını teslîm etse; rücû' da, itmâm da sahîh olur. Kable'l-kabz hibe zaten tamâm olmadığı cihetle rücû', itmâm-ı hibeden imtinâ'dan ibâretttir. Nitekim esnâ-yı şerhde işâret olundu.[1]

Kavlen; "Rücû' ettim, hibeyi ibtâl eyledim, hibeyi nakzettim, mevhûbu mülküme iâde eyledim." demek gibi sözlerdir. *(Hindiyye)* Fi'len rücû' dahi ba'de'l-hibe kable't-teslîm vâhib, mâl-i mevhûbu şahs-ı âhara hibe ve teslîm yahut bey ve teslîm eylemek gibi şeylerdir. Bu cihetle vâhib, bir malı Zeyd'e hibe ettikten sonra kable't-teslîm ve'l-kabz Amr'a hibe edip ikisine kabzıyla emretse de onlar da kabzetseler, mâl-i mevhûb Amr'ın olur. Ve Zeyd'e kabz ila emredip de o da kabzetse bâtıl olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni)*

Zîra kable'l-kabz şahs-ı sâniye hibe, evvele olan hibeden rücû' olup, muahharen evvele kabz ile emretmesi hibe olmayıp emaneten kabz olur.

"Kable'l-kabz" ta'bîri delâlet eder ki, buradaki hibeden maksûd hibetü'l-a'yan olup, binâenaleyh deynin medyûna hibesinden rücû' olunamaz. Nitekim 873. maddede zikrolunuyor. *(Bahr)*

863. MADDE

[**Vâhibin ba'de'l-îcâb**] yâni meselâ "Bunu sana hibe ettim." dedikten sonra kable'l-kabz -velev ki ba'de'l-kabûl ola- [**mevhûbün-lehi kabzdan nehyetmesi**] hibeden [**rücû'**] menzilinde [**dir.**] Zîra 841. madde hükmünce hibede kabz, bey'de kabûl menzilinde olup bâyi', ba'de'l-îcâb, kable'l-kabûl, müşteriyi kabûlden nehyetse, bu nehiy îcâbdan rücû' olacağı gibi, nehiy ani'l-kabz dahi hibedeki îcâbdan rücû' olur. *(Tahtâvî)*

Gerçi 843. madde hükmünce, vâhibin îcâbı, delâleten kabza izin ise de, bu madde vechile nehiy edilmesi sarâhat olmakla, 13. madde mûcibince sarâhat tercîh edildi. Binâenaleyh bundan sonra mevhûbün-leh mevhûbu gerek meclis-i hibede ve gerek ba'de'l-iftirâk kabzetse gāsıb olur.

Kabzdan nehyin rücû' olması mutlaktır. Yâni vâhib ba'de'l-îcâb kabz-ı mevhûb için mevhûbün-lehe gerek sarâhaten izin vermiş olsun gerek olmasın. Şöyle ki meselâ vâhib kebîr oğluna hitâben "în penç dinar türâ" diyerek onun tarafına attıkdan sonra, oğlu mumâi-

---

1 اى فلم يخرج الموهوب عن ملك واهبه فلا يقال ان له رجوعا فيه, طحطاوى.

leyh onu kabzetmeden evvel vâhib, mezkûr dinarları geri alsa hibe sahîh olmaz. Yâni îcâbdan rücû‘ ile hibe bâtıl olur. *(Hindiyye ve Tahtâvî)* Sarâhaten izin verdikten sonra dahi rücû‘ edebilir. Zîra bunda, diğerin hakkının ibtâli yoktur. Çünkü îcâb ve kabûl bi-dûni'l-kabz hükmü ifâde eylemez. Vâk‘â vâhibin rücû‘u, mevhûbün-lehin hakk-ı temellükünü ibtâla müeddî olursa da, hakīkat-ı mülk hakk-ı temellükten akvâ olmakla, hakk-ı temellük hakīkat-ı mülke mu‘araza edemez. (184. madde şerhine bak.)

864. MADDE

[**Vâhib**] -vâhibe dahi hükümde böyledir. Bunda müzekker, müennes üzerine tağlîb edilmiştir- [**ba‘de'l-kabz mevhûbün-lehin**] ve kezâ mühdâ-lehin [**rızâsıyla hibe ve hediyyeden**] küllen veya ba‘zan [**rücû‘ edebilir.**] Velev ki vâhib hakk-ı rücû‘unu iskāt etmiş buluna; ve mevhûb, medyûndan başkasına hibe edilen deyn buluna.[2]

Hibeden rücû‘un cevâzı, hâdîs-i şerîf ve ma‘kūl ile sâbittir. Hâdîs-i şerif dahi "***El-vâhibü ehakku bi-hibetihi"*** Bundaki hibe dahi mevhûb ma‘nâsınadır. "***mâ lem yüseb minhâ***" kavl-i şerîfidir ki, "***mâ lem yüavvez***" demektir. Yâni vâhib, mâl-i mevhûbu mevhûbün-lehe teslîm ettikten sonra dahi ivaz verilmedikçe, hibesine ehakktır ve maksûd-ı âlî ba‘de't-teslîm beyân-ı ehakkıyettir. Zîra kable't-teslîm hakīkaten hibe olmaz.[3]

Hibenin vâhibe râci‘ zâmire izâfeti mâ-kâne i‘tibâriyledir. Nitekim, "***ekelnâ hubze fülânin"*** deniyor; her ne kadar ekl eden, onu ol filandan iştirâ etmiş ise de.

Delil-i aklî şudur ki, hibeden maksûd âdeten ivazdır. Hatta "el-eyâdî kurûzün" yâni ihsânlar ödünçtür denilmiştir. Zeyd, Amr'a iyilik ve ihsân ederse, ödünç olacağından, Amr dahi Zeyd'e iyilik etmelidir. Seyyi'enin cezası seyyi'e olduğu gibi hasenenin cezası dahi hasene olmak iktizâ eder.[4]

Hibeden maksûdun ivaz oluşu, şer‘ ile dahi teeyyüd eylemiştir. Şöyle ki "***Tehâdev, tehâbbû"*** hâdîs-i şerîfi vârid olmuştur ki, tefâ‘ul sîgasının cânibinden fi‘li iktizâ eder. İmdi hibeden maksûd ivaz olduğu halde vâhibin maksûdu olan ivaz hâsıl olmayınca vâhib için hakk-ı rücû‘ sâbit oldu. Müşteri mebî‘de ayb-ı kadîm bulduğunda maksûdu bulunan sı-

---

2 لان الهبة هنا تمليك لا اسقاط, طحطاوى.

3 لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا تكون حجة لانا نقول لايصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله احق بها وهذا يقتضى ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كانه كذلك لخلا قوله ما لم يثبت منها من الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبل, فتح القدير.

4 لان العادة ان الانسان يهدى الى من فوقه لينصره بجاهه من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا, عنايه.

fat-ı selâmet fevt olması cihetiyle iâde-i mebî' ile istirdâd-ı semen etmek hakkı, müşteri için sâbit olduğu gibi. *(Zeylaî)*

Bu delile şu vechile itiraz olunur ki, vâhib, esnâ-yı hibesinde nefy-i ivazı tasrîh erderse, rücû'un mümteni' olmasını iktizâ eder. Zîra zâhir oldu ki, ivaz maksûd değildir. Hâlbuki hâdîs-i âlî mutlak olmakla, nefy-i ivaz ile tasrîh edilse bile, cevâz-ı rücû'u iktizâ eder. Lâkin buna iki vechile cevâb verilir.

Vech-i evvel: Vech-i mezkûr nev'-i hükmü isbât için illet-i nev'iyyenin beyânı olup, bu ise her sûrette ıttıradı îcâb etmez.

Vech-i sâni: Nefy-i ivaz sûretinde dahi vâhibin maksûdu ivaz olabilip, nefy-i ivaz, mevhûbün-lehin mürüvvetinin heyecanına sebeb olsun içindir. *(Feth)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Vâhib: Mühdî dahi vâhib gibi hediyyesinden rücû' edebileceği cihetle, vâhib ta'bîri mühdîden ihtirâz için değilse de mütesaddıktan ihtirâz için olarak, 874. maddede dahi zikrolunduğu üzre mütesaddık sadakasından rücû' edemez. *(Tahtâvî)*

2- Ba'de'l-kabz: Bu ta'bîr ihtirâzî olmayıp 862. maddede zikrolunduğu üzre kable'l-kabz dahi rücû' edebilip, fakat bu iki rücû' beyninde fark vardır. Şöyle ki kable'l-kabz rücû', itmâm-ı hibeden imtinâ' iken, ba'de'l-kabz rücû' hibe-i tâmmeyi fesh olur.

3- Rızâsıyla: Fıkra-i âtiyede mezkûr olduğu üzre bu ta'bîr kazâdan ihtirâz için değilse de, rızâ veya kazâ olmaksızın cebren ve gasben vâhibin mevhûbu istirdâd etmesinden ihtirâz içindir ki bu halde vâhib, gāsıb olarak zamân lâzım gelir.

4- Hibeden: Bundan maksûd mevhûbdur. Zira rücû' a'yanda mümkün olup yoksa akvâlde mümkün değildir. *(Bahr)* Nitekim şu fasl-ı evvel ünvânı şerhinde zikrolundu.

5- Küllen veya ba'zan: Hibeden küllen rücû' sahîh olduğu gibi ba'zan rücû' dahi sahîh olur. *(Tahtâvî)* Küllen rücû' zâhir olup ba'zan rücû'a gelince, meselâ bir kimse kendi birâderiyle bir ecnebîye bir malı hibe ve teslîm ettikdan sonra vâhib birâderi hissesinde 866. maddeye mebnî rücû' edemez ise de ecnebî hissesinde rücû' edebilir. Nitekim bir kimse bir malı Zeyd'e hibe ve Amr'a sadaka olarak ma'an i'tâ ettikden sonra, Zeyd'in hissesinde rücû' etse sahîh olur.

Kezâ bir kimse bir konağı Zeyd'e -arsasıyla ma'an- hibe ve teslîm ettikden sonra konak muhterik olup da arsasında rücû' etse sahîh olacağı gibi; iki kimse bir malı diğer kimesneye hibe ve teslîm eylediklerinden sonra birisi hissesinde rücû' etse sahîh olur. *(Vakı'ât)*

Kezâlik iki kimse bir şahsa bir bargiri hibe ve teslîm edip de birisi gāib olsa, hazır olan hissesinde rücû' edebilir.

6- Rücû': Rücû' ani'l-hibe sahîh ise de şu fasl-ı evvel ünvânı şerhinde zikrolunduğu üzre rücû'-ı mezkûr kabîhdir.[5]

Mâni'-i rücû' olmayan mevâdda vâhib rücû' edip mevhûbün-leh dahi rücû'u kabûl ve muvâfakat ettiğinde, rücû' tamâm ve mülkiyyet vâhibe avdet etmiş olup bunun tamâmiyyetinde kabz-ı vâhib şart değildir. *(Hindiyye fi's-sâni aşara)*

Sual: Rücû' ani'l-hibe rızâen ise, bunda kelâm yoğise de kazâen olunca hâkim için bu gibi mekruh ve ma'sıyyet üzre i'âne birle, masıyyet-i uhrâyı irtikâb etmesi nasıl sahîh ve masıyyete ikdâmı hâkim için nasıl câiz olur. Ve mevhûbün-lehin imtinâ'ı hâlinde rızâen rücû' câiz olmayınca kazâen dahi câiz olmamak iktizâ eder. Zîra kazâü'l-kādı haramı tahlil ve helalı tahrim eylemez.

Cevâb: Mekruh olan hibeden rücû'un nefsi olup, yoksa hibeden rücû'un cevâzı değildir. Mahâll-i hüküm ise cevâz-ı rücû' olup yoksa nefs-i rücû' değildir. Çünkü hâkim esnâ-yı hükümde "hibenden rücû' et" demeyip belki ma'a'l-kerâhet hibeden rücû' senin için vardır. Bu sûretde vâhib rücû' ettiğinde, mekruhu bi-tav'-ı nefsihi kendisi irtikâb etmiş olup; yoksa iâne-i kādı ile değil. *(Fethu'l-kadîr)*[6]

Elfâz-ı rücû' 862. madde şerhinde zikrolunmuş idi. İmdi vâhib rücû'a delâlet edecek bir şey ile rücû' etmeyip de belki mâl-i mevhûbu mevhûbün-lehe teslîm ettikden sonra şahs-ı âhara hibe ve teslîm veya rehin ve teslîm yahut bey' ve teslîm eylese yahut mevhûb sevbi boyatsa yahut mevhûbu cinsiyle halt etse rücû' olmaz. *(Hindiyye).* Belki zamân lâzım gelir.

Rücû' iki nev'dir.

Nev'-ı evvel: Hakīkaten rücû'dur. Vâhib "Hibemden rücû' ettim ver." deyip de mevhûbün-leh dahi iâde etse, hakīkaten rücû' olur.

Nev'-i sâni: Hükmen rücû'dur. Şöyle ki tarafeyn rücû' üzerine terâzî etmedikleri gibi hâkim rücû' ile hükmetmediği halde mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu vâhibe hibe etse de o da kabûl etse, vâhib onu kabzetmedikçe ona mâlik olamaz. Ve kabzettiğinde bi't-terazî veya bi-kazâi'l-hâkim rücû' menzilinde olarak mevhûbün-leh için bu hibesinden rücû'a hakkı yoktur. *(Hindiyye ve Tahtâvî)*

---

5 Zirâ العائد فى هبة كالعائد فى قيئة والعائد فى هبته كالكلب يقى ثم يعود hadîs-i şerîfleri vârid olmuştur.

6 القلب لايطمئن الى هذا الفرق, شارح.

Şu vechile bi'r-rızâ rücû'un sıhhatinde fıkra-i âtiyede olduğu gibi mevâni'-i rücû'dan biri bulunmaması lâzım mıdır? Yâni meselâ bir kimse kebîr oğluna bir malı hibe ve teslîm ettikden sonra şu hibesinden rücû' ettiği beyâniyle mevhûbu taleb ve oğlu dahi rücû'-ı mezkûre binâen mâl-i mevhûbu pederine iâde ve teslîm etse rücû'-ı mezkûr sahîh midir? Bu mes'ele muhtâc-ı tafsîldir. Şöyle ki mevhûbün-leh mâni'-i rücû'a vâkıf iken iâde ve teslîm ederse sahîh olur. Yâni vâhibin rücû'u üzerine mevhûbün-leh dahi mâni'-i rücû'a vakıf olarak mevhûbu rızâsıyla mevhûbün-lehe iâde ve teslîm ve vâhib dahi tesellüm ve kabzederse rücû' sahîh ve hibe-i müstakılle olmak üzre mün'akid olur.

"Vâhib kabzederse" denildi. Zîra vâhib kabzetmedikçe mevhûbün-lehin mülkü olmak üzre kalacağı cihetle mevhûbün-leh onda tasarruf etse câiz olur. *(Tahtâvî)* Mâni'-i fesh bulunan her hibenin feshinde hüküm böyledir. Yâni vâhib kabzetmedikçe ona mâlik olamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara)* Nitekim mutasaddık ikāle-i sadakayı taleb etmekle musaddakun-aleyh ikāle etse, mutasaddı-ı evvel sadakayı kabzetmedikçe ikāle tamâm olmaz. Zîra mu'âmele-i mezkûre hakīkatte ikāle olmayıp, belki hibe-i müstakılledir. Hatta mutasaddık onu kabzetmeden mutasaddakun-aleyh fevt olsa münakazâ yâni ikāle-i sadaka bâtıl olur. 866. maddede muharrer eşhasa vukū' bulan hibenin hükmü dahi böyledir. *(Bezzâziyye ve Redd-i muhtâr ve Hindiyye)*

Amma vâhibin rücû'-ı mezkûrü üzerine mevhûbün-leh mâni'-i rücû'a vâkıf olmayarak vâhibin hakk-ı rücû'u var zanniyle iâde ve teslîm etse şu rücû' sahîh olmaz. (72. maddeye bak.) Meselâ bir kimse şu kadar akçesini bir şahs-ı ecnebîye hibe ve teslîm, ve şahs-ı merkūm dahi onu istihlâk ettikten sonra ol kimse nâdim olup "Hibemden rücû' ettim, meblağ-ı mezkûrün zamânı sana lâzım gelir." diye da'vâ ve muâheze ettiğinde, şahs-ı merkūm dahi kendüye zamân lâzım gelir zanniyle yâni 871. maddenin hükmüne adem-i vukūfuna mebnî, ol kimseye ol kadar akçeyi verdikten sonra ol kimsenin hibesinden rücû'u meşrû' olmadığına şahs-ı merkūm vakıf olduğunda, meblağ-ı mezbûru ol kimseden taleb ve ahz edebilir. *(Behce)*

7- Velev ki hakk-ı rücû'u iskāt ede. Vâhib için hakk-ı rücû' mutlaktır. Yâni vâhib esnâ-yı hibesinde hakk-ı rücû'u iskāt etmese, rücû' edebileceği gibi iskāt ve ibrâ ettiğinde şu iskātın hüküm ve tesiri olmayıp hakkı-ı rücû' yine bâkī kalır. Çünkü bu hak kābil-i iskât ve ibrâ olmadığından 1562. maddenin fürûatından olamaz. (51. madde şerhine dahi bak.) Şu kadar ki hakk-ı rücû'dan bir mal üzerine musâlaha olsalar sahîh ve o mal hibeye ivaz olarak hakk-ı rücû' sâkıt olur. *(Ankaravî ve Cevahirü'l-fetâvâ ve Dürr-i muhtâr)*

[**Ve mevhûbün-leh**] rücû'-ı vâhibe [**razı olmaz ise hâkime mürâca'at**] ile mevhûbün-leh hibeyi inkâr eyler ise, vâhib hibeyi bi'l-isbât yahut teklif olunan yeminden

mevhûbün-leh bi'n-nükûl mâl-i mevhûbun istirdâdını taleb [**eyler.**] Şu iki fıkradan anlaşılır ki hibeden rücû' terazî-i tarafeyn ile sahîh olduğu gibi hükm-i kādı ile dahi sahîh olur. Rızâ-yı tarafeyn ile rücû' câiz oldu. Zîra tarafeynin nefisleri üzerine velâyeti vardır. Hükm-i hâkim ile rücû' câiz oldu. Zîra hâkimin âmme yâni kazâsı dâhilinde olan ahâli üzerine velâyeti vardır.

Amma bu vechile terâzî-i tarafeyn veya hükm-i hâkim olmaksızın hibeden rücû' câiz olmaz. Zîra hibeden maksûd olan şeyin husûl veya adem-i husûlünde hafâ vardır. Çünkü vahibin hibeden maksûdu sevab ve necb olmak câiz ve muhtemeldir. Bu halde vâhib rücû' edememek lâzım gelir. Şu cihetle ki hibe, vâhibin maksûdunu ifâde etmiştir. Nitekim vâhibin maksûdu ivaz olmak dahi câiz ve muhtemeldir. Bu halde vâhib rücû' edebilmek lâzım gelir. Şu sebeble ki akid, vâhibin maksûdunu ifâde etmemiştir. İşte şu iki muhtemelin birini ta'yîn ve tahsis için ber-vech-i meşrûh rızâ veya kazâ lâzım geldi. *(Mecma'u'l-enhur ve Dürer)*

[**Hâkim dahi mevâdd-ı âtiyede beyân olunacak**] 1- [**mevâni'-ı rücû'**]dan biri, hâl-i akd-i hibede [**yoğise hibeyi**] 2- [**feshedebilir.**] Yâni feshetmesi lâzım gelir. Amma mevhûbün-leh razı olmadığı gibi hâkim dahi feshile hükmetmeden evvel mâl, mevhûbün-lehin mülkünden çıkmaz. [**Amma mevâni'-ı rücû'dan biri bulunsa**] hâkim hibeyi [**feshedemez.**]

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Mevâni'-ı rücû': Amma mevâni'-i seb'a-i rücû'dan biri bulunur ise, hâkim butlân-ı rücû' ile yâni vâhibin hakk-ı rücû'u olmadığına hükmeder. Şu kadar ki hibe-i fâsidede mâni'-ı rücû' bulunsa bile yine rücû' câiz ve sahîhdir. Zîra hibe-i fâside; ba'de'l-helâk mazmûn olduğuna göre kable'l-helâk hakk-ı rücû' der-kârdır. *(Tahtâvî).* Nitekim 858. madde şerhindeki 19 mes'elede zikredildi. Mevâni'-ı rücû' "**dem'u**n" "**h**aze**k**a" harfleriyle cem' edilmiştir ki 866. madde şerhinde tafsîl olunur. Fakat bu hükümden sonra mâni'-ı rücû' zâil olsa hakk-ı rücû' dahi avdet eder. (24. maddeye bak.) Mâni'-ı rücû' zevciyyet, karâbet, helâkü'l-ayn ve mevtü'l-âkıdeyn sûretlerinde zâil olamaz. *(Tahtâvî)* Amma ivaz ve hurûc ani'l-mülk ve ziyâde-i muttasıle sûretlerinde zâil olabilir.

İvazda zevâl, 868. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre i'tâ olunan ivaz bi'l-istihkāk zabtolunursa vâhib dahi rücû' edebilir.

Ziyâde-i muttasılede zevâl, ber-vech-i âtî îzâh olunur. Şöyle ki meselâ mevhûb arsada bina inşa edilmekle 869. madde vechile ziyâde-i muttasıle hâsıl olmakla hâkim, hakk-ı rücû' bulunmadığına hükmettikden sonra, mevhûbün-leh mezkûr binayı bi'l-hedm arsa heyet-i asliyyesine rücû' etse, vâhibin hakk-ı rücû'u avdet eder.

Bu, her ne kadar "Sâkıt olan hak avdet etmez." kāʻidesine münâfiʻ görülür ise de, bunda hakk-ı rücûʻ sâkıt olmayıp hakk-ı rücûʻa mâniʻ bulunmak cihetiyle rücûʻ olunamadı.[7]

Tafsîlat-ı mezkûre 868. madde şerhinde beyân edilen "bi'l-akis zevciyyet" fıkrasına münâfî değildir. Zîra burada mâniʻden murad baʻde'l-hibe târî olan mâniʻ-i rücûʻ olup, mezkûr mâniʻ-i târînin zevâliyle, hakk-ı rücûʻ avdet etmekte olup lâkin fıkra-i mezkûrede mâniʻ-i rücûʻ mâniʻ-i mukārin olmakla, onun zevâliyle hakk-ı rücûʻ avdet eylemez. *(Dürer)* Hurûc ani'l-mülkde zevâl-i mâniʻ sûreti dahi ber-vech-i âtî beyân olunur. Şöyle ki, 870. madde şerhinde tafsîl olunacağı üzre mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu şahs-ı âhara hibe ve teslîm ettiğinde, vâhib artık rücûʻ edemez ise de mevhûbün-leh bi'r-rücûʻ mevhûbu istirdâd ettiğinde, vâhib dahi rücûʻ edebilir.

Rücûʻdan imtinâʻ, mâniʻ miktarıyla takdir olunur. Şöyle ki bir kimse bir atını birâderiyle ecnebîye hibe etse, birâderi hissesinde rücûʻ edemez. Amma ecnebî hissesinde rücûʻ eder. Nitekim bir kimse bir malı Zeyd'e hibe ve Amr'a sadaka olarak verse, hibeden rücûʻ edebilip amma sadakadan rücûʻ edemez. *(Vakıât)* (874. maddeye bak.) Kezâ mevhûbün-leh mâl-i mevhûbun nısfına mukābil ivaz verip de vâhib dahi kabûl etse nısf-ı mezkûrde 668. maddeye mebnî rücûʻ edemez ise de diğer nısfında rücûʻ eder. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

2- Feshedebilir, bu taʻbîr delâlet eder ki; fesh, hibe ile lühûk hükmünden evvel, mevhûb mülk-i mevhûbün-lehde bâkīdir. Bu cihetle vâhib rücûʻ ettiği beyâniyle mevhûbu taleb ettiği halde mevhûbün-leh iâdeden imtinâʻ edip bu esnada telef olsa yahut âhara hibe ve teslîm veya beyʻ gibi bir vechile istihlâk etse câiz olup mevhûbün-lehe zamân lâzım gelmez; zîra henüz mevhûbün-lehin mülkü bâkīdir. *(İnâye)* Tasarrufât-ı mezkûre velev ki esnâ-yı muhakeme ve mürâfaada ola. *(Bezzâziyye ve islah-ı îzâh)* Nitekim madde-i âtiyede zikrolunduğu üzre baʻde'l-kabz vâhib bilâ-rızâ vela kazâ mâl-i mevhûbu mevhûbün-lehden istirdâd etse gāsıb olur.

Amma feshiyle hükümden sonra mâl-i mevhûb, mevhûbün-lehin mülkünden çıkıp onun yedinde emanet olarak kalır. Bu cihetle baʻde hükmi'l-hâkim mâl-i mevhûb yed-i mevhûbün-lehde telef olsa mevhûbün-leh zâmin olmaz. Zîra ibtîdâʻ-yı kabz gayr-i mazmûn olmakla, istimrar-ı kabz ile mazmûn olmağa münkalib olmaz. *(Zeylaî)* Amma hâkimin rücûʻ ile hükmünden sonra, vâhib mevhûbu istediği halde mevhûbün-leh iâdeden imtinâʻ ettiğinden sonra yedinde telef olsa zâmin olur. (894. maddeye bak.) *(Hidâye ve Dürer)*[8]

---

7 وهذا من باب زوال المانع كما اذا تزوجت المرأة وسقط حقها فى الخضانة ثم اذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع, طحطاوى.

8 انظر ما لو منعه بعد الرجوع بالرضاء والظاهر ان الحكم واحد, طحطاوى.

Bunda fesh ta'bîri isti'mâl olundu. Zîra bi'l-kazâ rücû' yâni vâhibin rücû' hakkındaki da'vâsı üzerine hâkimin akd-i hibeyi fesh etmesi müstakbelde fesihdir. Yoksa hibe-i mübtedie değildir. Yâni fesh-i mezkûrle mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu vâhibe hibe etmiş olmaz.[9]

Amma bi'r-rızâ rücû'a gelince bu da ba'zı rivâyâta göre fesh ve diğer ba'zı rivâyâta göre akd-i cedîd ve mübtede'dir *(Dürer)* Fakat bi'r-rızâ rücû' dahi fesih olduğuna şu mesâil delâlet eder. Şöyle ki:

Evvelen; kābil-i kısmet bir mal hibe ve teslîm olunduktan sonra meselâ nısf-ı hisse-i şayiasında rücû' sahîhdir. Eğer fesih olmayıp da hibe-i cedîde olsaydı sahîh olmazdı.

Sâniyen; rücû'un sıhhati, kabza tevakkuf etmez.[10] Eğer hibeten mübtedie olsa idi kabza tevakkuf ederdi.

Sâlisen; mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu âhara hibe ve teslîm ettikden sonra rücû' ile istirdâd edince vâhib-i evvel dahi hibesinden rücû' edebilir. Evvelki mevhûbün-lehin rücû'u hibe-i cedîde olsaydı, evvelki vâhibin hakk-ı rücû'u olmazdı. (98. madeye bak.) ***(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis)***

Müstakbelde demek hâkimin fesh-i hibeye dâir olan hüküm ve kazâsından ibtîdâ' ederek ondan sonraki zemân için fesihdir demek olup, yoksa vakt-i hibeden evvelce zemândan ibtîdâ' ederek, ondan muahhar zemân için dahi fesihdir demek değildir. *(Abdülhalîm ve Redd-i muhtâr)* Ta'bîr-i diğerle vâhibin hibe ve teslîmi zemânından hâkimin hükmü evânına kadar müddetde mevhûb, mevhûbün-lehin mülkünde bulunmuş olup amma fesih vaktinden itibâren mülkünden çıkmış i'tibâr olunur.

Hulâsa, bu fesih, ma-sebak için fesih değildir. Amma âtî için fesihdir.

1- Fesh-i mezkûrle mâl-i mevhûb mülk-i vâhibe avdet ederse de mülk-i kadim ile avdet etmeyeceği cihetle kable'l-fesh ve ba'de'l-hibe ve'l-kabz mevhûbdan hâsıl olan zevâid-i munfasıla, mevhûbün-lehin malı olarak kalır. Yoksa bu da asl-ı mevhûb gibi mülk-i vâhibe rücû' eylemez. Meselâ bir kimsenin âhara hibe ve teslîm ettiği kısrak, yed-i mevhûbün-lehde iken doğurduktan sonra rücû' ettiğinde, yavrusu mevhûbün-lehe kalır. (869. maddeye bak.)

2- Hibe ve teslîm edilen bir hâne yanında bir akār bey' olunduktan sonra vâhib hibesinden rücû' etse, ol akārı bi'ş-şuf'a alamaz. *(Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)*[11]

---

9 فلهذا لا يشترط فيه قبض الواهب والموهوب يكون امانة فى يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن, طحطاوى.

10 لان القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود ملك قديم.

11 ولو عاده اليه ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه كان له الاخذ بالشفعة, هنديه فى الباب الخامس.

Rücû'-ı mezkûrün atı için fesih olup, hibe-i mübtedie olmadığına ati'z-zikr mesâil teferru' eder. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

1- Bu feshin tamâmiyyetinde vâhibin kabzı lâzım değildir. Hâlbuki hibe-i mübtedie olsaydı bi-dûni'l-kabz tamâm olmazdı.

2- Vâhib, kābil-i kısmet olan bir malı kâmilen hibe ve teslîm ettikden sonra cüz-i şâyi'inde rücû' etse, şu rücû' dahi sahîhdir. Zîra, bizzat tecvîz olunmayan şey bi't-tebe' tecvîz olunur. Hâlbuki kābil-i kısmet bulunan malın cüz-i şâyi'inin hibesi câiz değildir. *(Redd-i muhtâr)*

3- Vâhib bu vechile hibesinden rücû' ettikden sonra, gerek rızâen rücû' etsin ve gerek kazâen rücû' etsin, mebî'i ayb ile bâyi'ine redd edebilir. *(Redd-i muhtâr)* Eğer kable'l-hibe ayba muttali' değil ise. Hâlbuki hibe-i mübtedie olmuş olsa idi reddedemez idi. Zîra 98. madde hükmünce sebeb-i temlîkin tebeddülü, mülkün tebeddülü makāmına kāimdir. *(Dürer)*[12]

4- Bir kimse bir malı diğer kimesneye hibe ve teslîm ve o kimesne dahi bir şahsa hibe ve teslîm ettikden sonra, o kimesne hibesinden rücû' ederek mezkûr malı o şahıstan alsa, bu rücû' gerek kazâen ve gerek rızâen olsun, o kimse dahi hibesinden rücû' ile mâl-i mezkûrü o kimesneden istirdâd eder. Hâlbuki o kimesnenin hibesinden rücû'u fesh olmayıp hibe-i mübtedie olsaydı, ol kimse hibesinden rücû' edemezdi. (98. ve 870. maddelere bak.) *(Hindiyye ve İnâye)*

Ancak hibeden bi'r-rızâ rücû', ati'z-zikr mes'eleden bazı rivâyâtta hibe-i cedîde i'tibâr edilmiştir. Şöyle ki mevhûbün-lehin hâl-i sıhhatinde ittihab ve kabzettiği malı, mevhûbün-leh maraz-ı mevt ile marîz iken vâhib hibesinden rücû' etmekle, mevhûbün-leh rızâsıyla mevhûbu reddetse, marîzın hibe-i cedîdesi menzilindedir. Hatta mevhûbün-leh medyûn olmayınca ancak sülüs-i malından mu'teber olur. (879. maddeye bak.) Mevhûbün-lehin deyni malını muhît olursa, rücû'-ı mezkûr bâtıl olarak mâl-i mevhûb, mevhûbün-lehin terekesine redd olunur. *(Hindiyye)*

Lâkin rücû'-ı mezkûr bi'r-rızâ olmayıp bi'l-kazâ olunca mevhûbün-lehin fevtinden sonra dâyinlerin yahut veresesinin hakk-ı müdahâleleri olamaz. *(Hindiyye ve Bezzâziyye)* Mevhûbün-lehin maraz-ı mevtinde, bi'r-rızâ vukû' bulan rücû', hibe-i mübtedie menzilinde olmak ânifen zikrolunduğu üzre bazı rivâyâtta olup, amma diğer bazı rivâyâtta min külli vechin fesih addedilerek mevhûbün-lehin cemî' emvâlinden

---

12 بخلاف الرد بالعيب اى لو اشترى شيئا ثم باعه ثم رد المشترى الثانى على الاول بعيب قديم فان رده بقضاء كان فسخا فيثبت حق الرد للمشترى الاول على بايعه وان كان برضاه لا لانه بمنزلة البيع الجديد, طحطاوى. والفرق يطلب من الطحطاوى قبيل فصل فى مسائل متفرقة من الهبة.

mu'teberdir. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-âşir)* 880. madde şerhinde bu mes'ele tekrar zikrolunur.

865. MADDE

Bi-dûni'r-rızâ ve'l-kazâ hibeden rücû' sahîh değildir. Binâenaleyh [**Ba'de'l-kabz**] yâni mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu, vâhibin sarâhaten veya delâleten izniyle kabzettikden sonra [**vâhib eğer mevhûbün-lehin rızâsı yahut hüküm ve kazâsı olmadan hod-be-hod mevhûbu**] mevhûbün-lehden [**istirdâd eder ise gāsıb olur.**] Zîra madde-i sâbıkada mezkûr olduğu vechile, vâhib bi-dûni'r-rızâ ve'l-kazâ rücû'da münferid olamaz. Bu halde mevhûbün-leh onu vâhibden aynen istirdâd edebilir. Ve ba'dehü vâhib dahi hâkime bi'l-mürâca'at madde-i ânife vechile hibeyi bi'l-fesh mevhûbu istirdâd eder. [**Ve bu sûretde**] vâhib, mevhûbu istihlâk etse zâmin olacağı gibi [**yedinde mevhûb telef veya zâyi' olsa**] mevhûbün-leh bedelini yâni kıyemiyyattan ise kıymetini ve misliyyattan ise mislini [**zâmin olur.**] (891. maddeye bak.) Bu halde vâhib dahi hibesinden rücû' edemez. (871. maddeye bak.)

Meselâ vâhib, hibe ettiği rubayı mevhûbün-lehden bi'l-ihtilas istihlâk etse zâmin olacağı gibi, mevhûbün-leh ba'de'l-kabz, mâl-i mevhûbu vâhibe îdâ' ve teslîm ile gāib olduktan sonra vâhib hibesinden nâdim olmakla bilâ rızâ velâ kazâ mevhûbu istihlâk etse zâmin olur. *(Ankaravî ve Ali Efendi)*.[13]

Sual: Bazı kütüb-i fıkhiyyede "Baba, sağîr veledine olan hibesinden hükmen rücû' edebilir. Her ne kadar mürüvvete muhâlif ise de." deniliyor. Sağîrden ise rızâ mümkün olmamakla, bi-dûni'r-rızâ ve'l-kazâ rücû'un sıhhati anlaşılır.

Cevâb: Bunun ma'nâsı, baba tarafından sağîr veledine vukû' bulan hibeden rücû' edebilir demek değildir. Çünkü bu ma'nâ 866. madde hükmüne muhâliftir. Belki baba, muhtâc olduğu sûretde sağîr veledinin nafaka cinsinden olan malını alıp berâ-yı nafaka nefsine sarf edebilir. Velev ki bu mal sağîre hibe edilmiş mal buluna demektir. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* (799. madde şerhine bak.)

866. MADDE

Neseben olan karabet, yâni zî-rahim mahremiyyet bi'n-neseb -bu cihet Kitabü'n-nikâhta mezkûrdür- hibe-i sahîhada mâni'-i rücû'dur. Velev ki ihtilâf-ı deyn veya tabi'iyyet buluna.

---

13 ولو هب له شيئا وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له ولو كان شاة فذبح الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تغريم بخلاف ما لو كان ثوبا فقطعه الواهب فان الموهوب له يأخذ الثوب ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة, طحطاوى.

Yâni [**bir kimse usûl**]üne yâni pederine veya pederinin pederine ve kezâ bunun pederine ve anasına ve şunun anasına ve pederinin anasına ve anasının pederine [**ve fürû'una**] yâni oğluna veya kızına, yahut bunların evlâdına ve evlâd-ı evlâdına [**ya**]hut kendisinin [**birâder ve hemşiresine veya bunların evlâdına**] yâni birâder-zâdesine veya hemşire-zâdesine [**yahut peder ve mâderinin birâder ve hemşiresine**] yâni kendisinin a'mâm ve ammât, ve ahvâl ve hâlâtına [**bir şey hibe**]-i sahîha ile hibe [**ettikden sonra rücû' edemez.**] Velev ki hibeyi kabûl eden bunların vekîli ecnebî buluna. Zîra bu hibede akid ve mülk, birâderi için vâki' olmuştur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi')*

Bu adem-i rücû' iki vechile isbât olunmuştur.

Vech-i evvel: Sünnettir. Şöyle ki Rasül-i Ekrem (s.a.s): ***"İza kâneti'l-hibe li-zî rahmin mahremin lem yürca' fîhâ"*** buyurmuştur.

Vech-i sâni: Delil-i aklîdir. Şöyle ki hibe-i mezkûreden maksûd, sıla-i rahmin îfâsı olup, bu maksad, mezkûr hibeden hâsıl olduğuna ve her akid ki maksûdu ifâde ede, lâzım olacağına binâen, mezkûr hibe dahi lâzım olarak bu vechile sıla-i rahim hâsıl olan hibeden rücû'da kat'-ı rahim bulunmakla rücû' câiz değildir. *(Zeylaî ve Dürer)*

Şerhan dahi işâret olunduğu üzre şu madde, mutlak olarak zikrinden dahi anlaşılacağı vechile, vâhib veya mevhûbün-lehden biri İslam, diğeri Hıristiyan veya biri tebea-i Devlet-i Aliyye'den diğeri tebea-i devlet-i ecnebîyyeden olmak gibi ihtilâf-ı din veya dâr bulunsa bile hakk-ı rücû' yoktur. *(Zeylaî ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

Nitekim bir kimse, birâderi tarafından ittihâb için ta'yîn kılınan vekîline bir şey hibe ve teslîm etse rücû' edemez. Zîra mülk ve akid birâderi için vâki' olmuştur. *(Kunye)* (1460. maddeye bak.)

Amma bunların gayrisine yâni meselâ zî-rahim gayr-i mahreme bir şey hibe olunduğunda, mâni'-i rücû' değildir. Zî-rahim gayr-i mahrem ibnü'l-amm, bintü'l-amm, ibnü'l-amme, bintü'l-amme, ibnü'l-hâl, bintü'l-hâl, ibnü'l-hâle ve bintü'l-hâle gibilerdir. Binâenaleyh, bir kimse ammi-zâdesine bir şey hibe ettiğinde, hibesinden rücû' edebilir. Ammesi evlâdına hibede dahi hüküm böyledir. Nitekim, bir kimse dayı-zâdesine bir şey hibe ettiğinde, rücû' edebileceği gibi, teyze-zâdesi evlâdına hibede dahi hüküm böyledir. Zîra bunlar arasında gerçi karâbet var ise de, nikâhca mahremiyyeti müstelzim değildir. *(Hidâye)*

Kezâ zî-rahim mahrem bi-gayri'n-nesebe bir şey hibe edildiğinde mâni'-i rücû' değildir. Şöyle ki, bir kimse neseben ammi-zâdesi ve radâ'an birâderi bulunan bir kimesneye bir malı hibe etse, şu hibesinden rücû' edebilir. Vâk'â o kimesne ammi-zâdesi olmak cihetiyle zî-rahim olduğu gibi radâ'an birâderi bulunmak hasebiyle dahi mahrem ise de, işbu mahremiyyet min ciheti'n-neseb olmayıp, nesebin gayri bir şeyden dolayı yâni radâ'an bulunmuştur.

Ve kezâ karâbetü'l-mahremiyyet bi'n-sebeb dahi mâni'-i rücû' değildir. Radâ'an yahut ümmühâtü'n-nisa ve rabâib ve ezvâcü'l-benîn ve'l-benât gibi musâhareten garabet gibi. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi')*

Şöyle ki, meselâ bir kimse sütana yahut süt bâbasına yahut kayın anasına veya üvey evlâdına veya damadına veya gelinine bir şey hibe etse rücû' edebilir. Nitekim bir kimse cümle eşyasını ahiret oğluna hibe ve teslîm etse rücû' edebilir. *(Minkāri-zâde)*

Bu mebhasdeki hibeden maksûd, hibe-i sahîhadır. Zîra karâbet-i mahremiyyet bi'r-rahm ve kezâ sâir mevâni'-i rücû', hibe-i fâsideden rücû'a mâni' değildir. Çünkü hibe-i fâside 858. madde şerhinde zikrolunduğu üzre ba'de'l-helâk mazmûn olmakla, kable'l-helâk dahi hakk-ı rücû'u ve istirdâdı vardır. *(Tahtâvî ve Ebussuud)*

Meselâ, bir kimse kābil-i kısmet bulunan malının hisse-i şayiasını oğluna hibe ve şayi'an teslîm eylese, ol kimse şu hibeden rücû' edebilir. *(Ankaravî)*

Hulâsa-i mevâni'-i rücû':

Fukahâ, hibeden rücû'a mâni' bulunan yedi sebebi "دَمْعٌ خَزَقَه" harfleriyle cem' etmişlerdir. **Dal** ziyâdeye işâretdir ki 869. maddede zikrolunuyor. **Mim**, vâhib veya mevhûbün-lehden birinin mevtine işâretdir ki 872. maddede zikrediliyor. **'Ayn**, ıvaza işârettir ki, 868. maddede zikrediliyor. **Ha**, mâl-i mevhûbun, mevhûbün-leh yedinden hurûcuna işâretdir ki 870. maddede mastûrdur. **Za**, zevciyyete işâretdir ki 867. maddede masturdur. **Kaf**, karabete işâretdir ki şu maddede beyân olunmaktadır. **He**, helâke işâretdir ki, 871. maddede zikrolunur. Bu mevâni'-i seb'a bahr-ı kâmilden bulunan ebyât-ı âtiye-i arâbiyye ile cem' edilmiştir:

(منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة, موت, عوض, وخروجها عن ملك موهوب له, زوجية, قرب, هلاك, قد عرض)

867. MADDE

[**Zevc ile zevceden biri, beynlerinde zevciyyet kāim iken, yekdiğerine bir şey hibe ve teslîm ettikden sonra**] zevciyyetten iftirâk vukû' bulsa veyahut zevc Müslim iken zevce gayr-i müslime bulunsa bile [**artık ondan rücû' edemez.**] Zîra zevciyyet karabetin nazîridir. Hatta beynlerinde bilâ hâcib tevârüs cereyan eder. Ve zevceynden her birinin diğeri lehine şahâdeti câiz değildir. Bu cihetle akrabanın hibelerinde olduğu gibi, bunların yekdiğere olan hibelerinde maksûd, sıle ve tevâdd olup yoksa ivaz değildir. Ber-vech-i muharrer hibeden garaz ve meksud hâsıl olunca rücû' olunamaz. *(Zeyla'î)*

"Zevciyyet kāim iken" taʻbîrinden anlaşılacağı üzre hibeden rücûʻa mâniʻ olan zevciyyet, vakt-i hibedeki zevciyyet olup, yoksa vakt-i rücûʻdaki zevciyyet mâniʻ-i rücûʻ değildir. *(Mülteka)*

Meselâ bir kimse ecnebiye bulunan bir kadına bir şey hibe ettikden sonra onu tezevvüc etse, hibesinden rücûʻ edebilir; başka mâniʻ-i rücûʻ yok ise... Zîra bu sûretde vâhibin maksûdu ivaz olup, binâenaleyh hakk-ı rücûʻu sâbit olacağından tezevvüc ile bu hakkı sâkıt olmaz. *(Zeylaʻî)*

Bir kimse namzedlisine hediye olarak bazı emtia gönderip, zevce dahi zevcine ivaz olmak üzre bazı hedâyâ gönderdiğinde, ivaz olduğunu gerek tasrîh etsin gerek etmesin baʻdehü zîfâf olduklarından sonra iftirâk ettiklerinde zevc, gönderdiği emtia hibe olmayıp ariyyet olduğunu iddia ve yemin edip istirdâd etmek istediğinde zevce dahi verdiğini istirdâd edebilir. Zîra hibe olmayınca ivaz dahi olmaz. Ve bunları zevc veya zevceden biri istihlâk edince zâmin olur. Zîra istihlâk-ı âriyet mûcib-i zamândır. *(Dürr-i muhtâr)* Nitekim bir kimse bâyinen boşamış olduğu zevcesine bir mal hibe etse, sonra rücûʻ edebilir; başka mâniʻ-i rücûʻ yok ise...

Bilâkis zevciyyet beynlerinde kāim iken hibe edip de baʻdehü iftirâk etseler, yâni zevc zevcesini bâyinen boşasa, hibesinden rücûʻ edemez.[14]

Amma vasiyyette hüküm böyle değildir. Yâni onda iʻtibâr, zemân-ı vasıyyete olmayıp vakt-i fevtedir. Şöyle ki; hibede vakt-i hibe nazar-ı iʻtibâra alındığı halde, vasıyyette vakt-i mevt nazar-ı iʻtibâra alınıp, yoksa vakt-i îsâ nazar-ı iʻtibâra alınmaz. Bu cihetle bir kimse zevcesine vasıyyet ettikden sonra bâyinen tatlîk edip baʻdehü musırran alâ îsaihi, fevt olsa, vasıyyet sahîh olduğu halde, bir kimse bir ecnebîye vasıyyet ettikden sonra onu tezevvüc edip baʻdehü fevt olsa, vasıyyet sahîh değildir. *(Cevahirü'l-fıkh)*

Bu maddede "zevc ile zevceden biri" denildi. Zîra zevc ile zevceden birinin akrabası, diğerinin akrabasına bir şey hibe etse, bu hibeden rücûʻ câizdir. Şöyle ki; kızın akrabası oğlanın babasına bir şey hibe ve teslîm edip, sonra zevc ile zevce iftirâk etse, vâhib hibesinden rücûʻ edebilir *(Kāʻidiyye)* başka mâniʻ-i rücûʻ yok ise.

868. MADDE

Küll-i [**hibeye**] mukābil mâl-i mevhûbun gayrı bir maldan hibeten veya hediyeten veya sadakaten [**ivaz verilip de vâhibin dahi**] ivaz-ı mezkûrü [**kabzetmesi**] hem hibeden hem de ivazdan [**mâniʻ-i rücûʻdur.**] Ol ivaz gerek esnâ-yı hibede meşrût olsun gerek olmasın. Yâni baʻde'l-hibe ve'l-kabz bilâ şart iʻtâ edilsin.

---

14 وان كانت حليلته كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة, طحطاوى.

Vakı'â bazı fukahâ, şu ikinci ivaz, hakk-ı rücû'u iskāt itmeyeceğini iddia etmişler ise de fürû-ı mezheb mutlaka ivazın hakk-ı rücû'u iskāt edeceğine dâirdir. *(Tahtâvî)*[15] Meğer ki ivaz mevhûbün-lehe salim olarak kalmaya. Zîra Resûl-i Ekrem (s.a.s] ***"el-vâhibü ehakku bi-hibetihi ma lem yüseb minhâ"*** buyurmuştur. *(Zeyla'î)*

Ve bir de 864. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre hibede rücû'un sübûtu, vâhibin maksûdunda hâlel vâki' olduğuna mebnî olup, ivaz verilmekle hâlel zâil olduğu cihetle, hakk-ı rücû' olamaz. Nitekim müşteri, mebî'de ayb-ı kadîm olup da, mezkûr ayıbı zâil oluverse redd edeceği gibi. *(Zeyla'î)*

Îzâhu'l-kuyūd:

1- Küll-i hibeye, bu "küll" lafzı ilâve edildi. Zîra yalnız nısf-ı mevhûba mukābil ivaz verildiğinde, vâhib bu nısıftaki hibesinden rücû' edemez ise de diğer nısfında rücû' edebilir. Çünkü 864. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre rücû'dan imtinâ' mâni' miktarıyla takdir olunur. *(Hidâye ve İnâye)* Mâni'-i rücû' bulunan ta'vîz ancak nısfında bulunmakla imtinâ'-ı rücû' dahi nısfına munhasır olur. Ve bu vechile nısfından rücû' ile mevhûba şuyû' ârız olursa da bu şuyû' târi olmakla, sıhhat-i hibeyi ihlâl eylemez. (55. maddeye bak.)

2- Mâl-i mevhûbun gayri bir maldan, buna dâir îzâhat karîben îzâh olunacaktır.

3- Hibeten veya hediyyeten veya sadakaten, hibeye mukābil ivaz olarak sadaka verilse, yahut umrâ edilse, bunlar dahi ivaz vermek gibi olarak hakk-ı rücû'u iskāt eder. Zîra vâhibin maksûdu olan ivaz hâsıl olunca ihtilâf-ı ibâreye i'tibâr yoktur. *(Velvâliciyye)*

4- İvaz, bu lafız mutlak olarak zikrolunmasından müstefâd olur ki, ivaz-ı mezkûr gerek mâl-i mevhûb cinsinden olsun; mevhûb arpa, ivaz dahi arpa olmak gibi.[16] Gerek başka cinsden olsun, mevhûb arpa iken ivaz buğday olmak gibi. Yahut mevhûb buğday iken ivaz ol buğdaydan i'mâl edilmiş dakīk olmak gibi. *(Dürr-i Münteká)*[17]

Bu ivaz mâni'-i rücû' olmak için onda üç şart lâzımdır.

---

15 فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط حق الرجوع فاما فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة, هنديه باختصار.

16 لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا, عنايه. لان العوض ليس ببدل حقيقة اذ لو كان كذلك لما جاز بالاقل للربا يحقق ذلك ان الموهوب له ملك للهبة والانسان لا يعطى بدل ملكه لغيره وانما عوضه ليسقط حقه فى الرجوع, طحطاوى.

17 ويشترط فيه شرائط الهبة كقبض وافراز عن مال المعوض فان عوضه ثمرا على شجرة لا يتم حتى يفرزه وعدم شيوع ولو العوض مجانا ويسيرا, طحطاوى.

Şart-ı evvel: İvaz verildiği anlaşılmak için mevhûbün-leh ivazı şol lafız ile i'tâ etmelidir ki kendi hibesine ivaz olarak i'tâ olunmuş olduğunu vâhib bile. "Hibene ivaz" veya "Hibene sevaben al." demek gibi sözler ile hibeye ivaz vermek gibi. *(Molla Miskin ve Zeyla'î)* Zîra hakk-ı rücû'u muskıt ivaz olup, bu ise ancak vâhibin rızâsıyla tamâm olur. *(Zeyla'î)* Rızâda ise ilim lâzımdır. Nitekim *Mecelle*'nin ati'z-zikr misâlinde "ivaz olmak üzre" ibâresinden buna işâret vardır.[18] Bu cihetle bir kimse diğer kimesneye bir şey hibe edip de o da kabzetikden sonra mevhûbün-leh dahi vâhibe bir şey hibe edip "Hibene ivazdır." gibi kelâmı söylemese, ivaz olmayıp hibe-i mübtedie olacağından, ikisinin dahi hakk-ı rücû'u vardır. *(Hidâye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

Şart-ı sâni: İvaz mevhûbun gayri olmak lâzımdır. Yâni hibeye mukābil i'tâ olunan ivaz mâl-i mevhûbdan başka mal bulunmak muktezîdir. Bu cihetle ivaz-ı mezkûre mâl-i mevhûbun cüz'i bulunursa, cüz-i mezkûrde fesh-i hibe olarak hakīkaten ivaz olmayacağı cihetle, ivaz-ı mezkûr mâni'-ı rücû' değildir. *(Dürr-i Müntekā ve Ankaravî)* Çünkü vâhibin küll-i mevhûbda hakk-ı rücû'u sâbit olup, ba'zı mevhûb ivaz namıyla yedine vasıl olmasıyla bâkīde hakkı sâkıt olmaz. Lakin İmam Züfer'e göre bazı mevhûb dahi ivaz olabilir. *(Zeyla'î)* Zîra bazı mevhûb, mevhûbün-lehin emvâl-i sâiresine iltihâk eylemiştir. *(İnâye)*

Meselâ mevhûbün-leh, mevhûb şu elli mecidiyeden beş mecidiyesini bi'l-ifraz vâhibe ivaz verse, mâni'-i rücû'u olmayıp, vâhib mütebâkī kırk beş mecidiyeyi dahi istirdâd edebilir.

Kezâ mevhûb hâneden bir oda ivaz verilse mâni'-i rücû' olmaz. Nitekim akd-i vâhid ile at ile kısrak hibe ve teslîm olunduktan sonra, mevhûbün-leh vâhibe atı, kısrağa mukābil ivaz verse, mâni'-i rücû' olmayıp kısrağı dahi istirdâd eder.

Binâenaleyh mevhûbdan bir cüz-i mu'ayyen veya cüz-i gayr-i mu'ayyen verilmek şart kılınsa, şart-ı mezkûr lağv olup mâni'-i rücû' değildir. *(Abdülhalîm)*

Bu şarttan iki mes'ele müstesnâ bulunmuştur.

1- Mevhûb şol vechile tagayyür etse ki, tagayyür-i mezkûr hibeden rücû'a mâni' ola. Bu halde bunun ba'zısını ivaz kılmak sahîhdir. Şöyle ki, vâhib on kile buğdayı hibe ve teslîm ettikden sonra, mevhûbün-leh bunun bir kilesini un yaptıktan sonra ivaz verse sahîh olarak hakk-ı rücû'u iskāt edeceği gibi, mevhûbün-lehe iki sevb hibe ve teslîm olunup da bunun birisini boyattıktan yahut diktikten sonra vâhibe ivaz verse sahîh olur. *(Redd-i muhtâr ve Haniyye fî faslın fi'l-ivaz ve Hindiyye)*

2- Akd-i hibe müteaddid olur ise, bir akd-i hibedeki mevhûb diğer akd-i hibedeki mevhûba ivaz olabilir. Zîra ihtilâf-ı akd ihtilâf-ı ayn gibidir. *(Abdülhalîm ve Redd-i muhtâr)*

---

18 وفى الجوهرة ما يفيد انه يكفى العلم بانه عوض هبته, طحطاوى.

Şöyle ki meselâ vâhib bir akid ile bir atı, diğer bir akid ile dahi bir kısrağı hibe ve teslîm edip de, mevhûbün-leh dahi atı kısrağa ve kısrağı ata mukābil ivaz verse sahîh olur.

Nitekim bir kimse bir malı bir adamdan hibeten ve diğer bir malı dahi aynı adamdan sadakaten ahz ve kabzedip de, sadakaten aldığını hibeten ahz ettiğine ivaz verse sahîh olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')* Nitekim kısrak hibe olunup da mevhûbün-leh yedinde iken yavru tevlîd edip, bu yavruyu mevhûbün-leh vâhibe ivaz verse sahîh olur.[19]

Şart-ı sâlis, selâmetü'l-ivaz li'l-vâhibdir. Binâenaleyh, ivaz yed-i vâhibden bi'l-istihkāk zabt edilse, ivaz olmayacağından, vâhib dahi küll-i hibesinden rücû' edebilir; eğer mevhûb bi-aynihi mevcûd olup onda ziyâde hâsıl ve mâni'-i rücû' diğer bir hâl hâdis olmamış ise. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

Amma bazı ivaz bi'l-istihkāk zabtedildiğinde, ivaz-ı mezkûr esnâ-yı akidde gayr-i meşrût olunca vâhib, ivazın yedinde bâkī ve mevcûd olan kısmını iâde ederse, küll-i hibesinden rücû' edebilir; eğer hibeden rücû'a mâni' bir hâl hâdîs olmamış ise. Zîra vâhibin hakk-ı rücû'unı iskāt eylemesi küll-i ivaz kendisine kalmak için olmakla, küll-i ivaz sâlim kalmayınca bâkī ivazı redd ile mevhûbu istirdâd etmeğe hakkı sâbit olur. *(İnâye)*

Lâkin bâkī ivazı iâde etmeyince rücû' edemez. Çünkü bâkī ivaz ibtîdâen ivaz olmakla sâlih olduğu gibi, bekā ibtîdâ'dan eshel olmakla, bekā'en dahi ivaz olmağa sâlihdir. *(Dürer ve Kenz ve İnâye)*

Ve baz-ı ivaz bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, mevhûb telef olmuş yahut mevhûbda ziyâde hâsıl olmak gibi mâni'-i rücû' hudûs bulmuş ise, ivaz esnâ-yı akidde meşrût olmadığı takdirde hakk-ı tazmîn yoktur. Zîra mevhûbun telefi takdirinde rücû'un istihâlesine mebnî 871. madde hükmünce mâni'-i rücû' olduğundan ta'vîz ve adem-i ta'vîz müsâvî olduğu gibi husûl-i ziyâde dahi helâk gibi 869. madde mûcibince mâni'-i rücû'dur. *(Tahtâvî)*

Şöyle ki, vâhib, bir malı hibe ve teslîm edip de mevhûbün-leh dahi ona ivaz verdikten ve mâl-i mevhûb yed-i mevhûbün-lehde iken telef veya onda ziyâde hâsıl olduktan sonra ivaz, bi'l-istihkāk zabtolunsa, vâhib mâl-i mevhûbun bedelini mevhûbün-lehe tazmîn ettiremez. Velev ki mevhûbu mevhûbün-leh itlâf etmiş buluna. *(Abdülhalîm ve Redd-i muhtâr ve Ebussuudü'l-Mısrî)* Amma ivaz, esnâ-yı akd-i hibede meşrût ise hakk-ı tazmîn vardır. Nitekim âtîde îzâh olunur.

Ma'ûz olan mevhûbun selâmeti dahi ta'vîzin şartıdır. Binâenaleyh, mâl-i mevhûba ivaz verildikten sonra küll-i mevhûb bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, mevhûbün-leh dahi küll-i ivaz ile rücû' edebileceği gibi meselâ nısf-ı mevhûb bi'l-istihkāk zabtolunduğunda mevhûbün-leh dahi nısf-ı ivaz ile rücû' eder. Zîra mevhûbün-leh için nısf-ı ivaza mukābil mal

---

19 لانه ليس للواهب حق الرجوع فى الولد فصح العوض, تنوير وشرحه للعلائى.

salim kalmamışır. *(İnâye ve Hindiyye)* Bu takdirde mevhûbün-leh için mâl-i mevhûbun bâkīsini iâde birle, ivazın küllîsini istirdâd etmek hakkı yoktur. *(Hindiyye)*

Nitekim, mevhûb bi'l-istihkāk zabt olunduğunda, ivaz telef olmuş yahut meselâ onda ziyâde hâsıl olup da mâni'-i rücû' hâdîs olmuş ise, İmam Ebû Yusuf ile İmam-ı A'zam'dan bir rivâyete göre vâhibe zamân lâzım gelmez; ki bu kavle göre ivaz ile asl-ı mevhûb arasında fark yoktur.[20]

Ve ivaz, esnâ-yı akidde meşrût olunca, yâni vâhib bir malını ivaz-ı ma'lûm verilmek şartıyla hibe ve teslîm ederek ivaz-ı mezkûrü kabzettikten sonra, ivazın küllîsi bi'l-istihkāk zabtolunduğunda vâhib dahi aynen mevcûd mevhûbu istirdâd edebileceği gibi telef olmuş yahut mevhûbün-leh onu itlâf eylemiş ise, vâhib onun bedelini tazmîn ettirebilir.

Nitekim ivazın meselâ nısfı bi'l-istihkāk zabtolunduğunda, vâhib dahi mevhûbun nısfını istirdâd edebilir. Zîra ivaz meşrût olunca akd-i hibe mübâdele olacağı cihetle, bedel mübeddel üzerine tevzî' ve taksîm edilir. *(Redd-i muhtâr ve Ebussuudü'l-Mısrî ve İnâye ve Cevahirü'l-fıkh)*

Kezâlik ivaz şartıyla olan hibe ve tekābuzdan sonra mevhûb bi'l-istihkāk zabtolunduğunda, mevhûbün-leh dahi ivaz mevcûd ise aynen estirdâd edebileceği gibi, telef olmuş veya itlâf edilmiş ise bedelini tazmîn ettirir. *(Hindiyye)*

Abdülhalîm ile *Hindiyye*'de sâlifü'l-beyân istihkāk mes'elesini kābil-i kısmet olmayan mala hasr ile, kābil-i kısmet bulunan mevhûbun veya ivazın bazısı bi'l-istihkāk zabtolunduğunda, hibenin butlânı îcâb edeceğinden, mevhûbun ve ivazın küllîsinde rücû' olunacağı zikredilmiştir.[21]

Fakat şu beyân 858. madde şerhinde tafsîl olunduğu vechile istihkākdan dolayı ârız olan şuyû' mukārin olmasına mebnî olup, *Mecelle*'ye göre şuyû'-ı mezkûr târî olduğundan, beyân-ı mezkûr burada kabûl edilemeyip, mevhûb veya ivaz gerek kābil-i kısmet olsun gerek olmasın şu şerhde beyân olunan ahkâm tahâllüf eylemez. *(Ebussuud)*

İştirat-ı ivazda ihtilâf:

Vâhib, "İvaz meşrût idi." mevhûbün-leh, "Değil idi." diye ihtilâf ettiklerinde söz mevhûbün-lehindir. (76. maddeye bak.) Bu halde mevhûbün-leh, "Billahi vâhib ivazı şart etmemiştir." diye tahlîf olunur. Bu halde mevhûb mevcûd ise, vâhib dahi hibesinden rücû' edebilir. Amma telef olmuş ise 871. maddeye mebnî rücû' edemez.[22]

---

20 وفى الهندية ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له ان يرجع فى نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة سواء زاد العوض او نقص فى السعر او زاد فى البدن او نقص فيه كان له ان يأخذ نصفه ونصف النقصان انتهى.

21 Nitekim Tahâvî'de dahi هذا اذا استحق نصف معين اما اذا لم يكن معينا فتبطل الهبة اصلا denilmesi buna mebnîdir.

22 ولكن يحلف الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله ما شرط الواهب العوض يريد به اذا كان الموهوب مستهلكا, هنديه فى الباب التاسع.

Nitekim vâhib rücû' etmek isteyip de mevhûbün-leh "sana ivaz vermişidim" diye idda ve vâhib inkâr ettiğinde, söz yine vâhibindir. *(Redd-i muhtâr)*

Amma hibe bi-şartı'l-ivaz beyyinesiyle meccânen hibe beyyinesi cem' olsa, hibe bi-şartı'l-ivaz beyyinesi evlâdır. *(Abdürrahim)*

Hibe bi-şartı'l-ivaz olduğuna tarafeyn ittîfâk edip fakat miktar-ı ivazda ihtilâf etseler, mevhûb mevcûd ve ivaz gayr-i makbûz olunca vâhib muhayyerdir. Dilerse mevhûbün-lehi tasdîk ve mevhûbün-lehin iddia ettiği miktarı kabzeder, ister ise hibeden rücû' ile mevhûbu istirdâd eyler. Ve mevhûb telef olmuş ise kıymetini tazmîn ettirir. *(Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi' ve Redd-i muhtâr)*

[**Binâenaleyh gerek mevhûbün-leh tarafından gerek diğer bir kimesne**] yâni ecnebî [**cânibinden**] gerek mevhûbün-lehin emir ve izniyle ve gerek bilâ-izin [**vâhibe**] küll-i [**hibesine ivaz olmak üzre bir şey verilip de o dahi kabzeylese, ondan sonra hibesinden**] yâni hibesinin hiçbir miktarından [**rücû' edemez.**] Yâni vâhibin gayri bir kimse tarafından dahi ivaz verilmek sahîh olup, bu da vâhibin hakk-ı rücû'unu iskāt eder. Zîra ivaz vâhib için salim olunca, vâhibin hakk-ı rücû'u kalmaz.

İmdi ta'vîz-i mezkûrden sonra vâhib hibesinden rücû' edemeyeceği gibi, ecnebî-i merkūm dahi ivazından rücû', yâni vermiş olduğu ivazı vâhibden istirdâd edemez. Zîra ecnebî-i merkūm iskāt-ı hakk-ı rücû' için mevhûbün-leh tarafından teberru' etmiş olur. *(Dürer ve Nuh Efendi)*

Nitekim ecnebî-i merkūm ivaz-ı mezkûr ile mevhûbün-lehe bi'r-rücû' bedelini taleb edemeyeceği gibi; gerek mevhûbün-lehin izin ve emriyle ivazı vermiş olsun gerek bilâ-izin ve'l-emr vermiş olsun. *(Bahr ve Dürer)* ivaz-ı mezkûrü ecnebî bilâ-emir verdiği takdirde rücû' edememesi zâhir olup, emriyle ivaz verdiği takdirde yine rücû' edemedi. Zîra rücû'da asıl ve kā'ide şudur:

Bir kimseden bir şey habs ve mülâzemetle mutâleb olunca "deyn ve nafakatü'z-zevce ve'l-evlâd gibi" ol kimsenin diğer kimesneye ol şeyin edasıyla emri, bilâ-şartı'z-zamân olsa dahi o kimesnenin hakk-ı rücû'unu müsbit olur. Ve illa olmaz. Meğer ki âmir nefsine zamânı şart ede. Bu asıla şu iki mes'ele teferru' eder.[23]

1- Medyûn, borcunu edâ ile bir kimesneye emredip de o da edâ etse zamânı şart etmese bile medyûna rücû' eder. (1556. maddeye bak.) *(Ebussuud, min kefaleti'l-Hâniyye)*

2- Bir kimse, ehl ü ıyâline masraf etmek üzre diğer kimesneye hibe edip de o da masraf etse âmirine rücû' eder. (1508. maddeye bak.)

23 خرج بذلك الامر بالتكفير عنه واداء النذر فانه وان كان يطالب بهما لا بالحبس وبالملازمه, طحطاوى.

İmdi ta'vîz-i mezkûrle mevhûbün-leh bi'l-cins ve'l-mülâzeme mutâleb olmakla onun ta'vîz ile emri mûcib-i rücû' değildir. Belki emr-i mezkûr teberru'a masruftur. Bu ise, zama'nen rücû'u mûcib diğildir; meğer ki zamân şart edile. *(İnâye)* Şöyle ki mevhûbün-leh ecnebîye "Ben zâmin olmam üzre ivaz ver." diye emredip de, ecnebî dahi şuna binâen ivaz vermiş ise mevhûbün-lehe ivaz ile rücû' edebilir. *(Ankaravî)* Buna dâir îzâhat kitab-ı vekâletde i'tâ olunacaktır. Lâkin bu kā'idede bazı mesâil müstesnâdır. Şöyle ki bir kimse diğer kimesneye "Hânemi inşa veya tâmir et." dese de memur da bunu yapsa âmirine mürâca'at eder. Zîra bunda mürâca'atda örf vardır. *(Tahtâvî)*

869. MADDE

Ayn-ı mevhûbda tezayüd, kıymeti mûcib ziyâde-i muttasılanın husûli, mâni'-i rücû'dur. *(İnâye)* Zîra rücû' ancak mevhûbda sahîh olup, ziyâde ise mevhûb olmadığından onda rücû' mümkün olmadığı gibi, fasledilerek asılda rücû' ve ziyâdede adem-i rücû' dahi müte'azzir olduğundan, rücû' aslen mümteni' oldu. (46. maddeye bak.) Amma o ziyâde tezâyüd-i kıymeti mûcib değilse yahut kıymetince, tezâyüd-i mücerrede, terakki-i es'ârdan ileri gelmiş ise mâni'-i rücû' değildir.

Sual: Hem asıl hem de ziyâdede men'-i rücû' hakk-ı vâhibin butlânını müstelzim olup lâkin ikisinde dahi rücû', hakk-ı mevhûbün-lehin butlânını müstelzim olur. Evvelkini tercîhte sebeb nedir?

Cevâb: Hakk-ı vâhib yalnız asılda hakk-ı temellükden ibâret iken, hakk-ı mevhûbün-leh hem asıl hem de ziyâdede hakīkat-i mülktür. Binâenaleyh, ınde taazzüri'l-fasl hakīkat-i mülke riâyet evlâ oldu. Mevhûbün-leh üzerine îcâb-ı zamân dahi mümkün değildir. Zîra hakk-ı temellük mukābilinde, ivaz almak câiz değildir. Bu takdirde vâhibin hakkının butlânı lâzım geldi. *(Zeylaî)*

Buna müteferri' mesâil-i adîde:

Evvelen, [**mâl-i mevhûb arz olup da mevhûbün-leh**] mezkûr arzın küllîsinde kıymetçe ziyâdeliği mûcib olur sûretde [**onun üzerine**] bey'de min gayr-i zikrin dâhil olacak az veya çok [**bina ihdâs yahut ağaç gars etmek**], yahut su çıkarılacak dolap nasb etmek, yahut mevhûb elbiselik olup da dikmek[24] [**yahut mevhûb zebûn hayvan olup da mevhûbün-leh yanında semizlenmek**] yahut mevhûb kâğıt olup da üzerini yazmak, yahut mevhûb sağîr hayvan olup da yed-i mevhûbün-lehde büyümek, yahut mevhûb elbise olup da boyamak, -hangi renk boya ile olursa olsun- [**gibi ziyâde-i muttasıla**] yâni kıymetçe ziyâdeliği mûcib olacak ziyâde fi'l-ayn [**hâsıl oldukda**] yâni nefs-i mevhûbda şol vech üzre ziyâde hâsıl olsa

24 اما اذا قطعه فلا يمتنعه الرجوع ولو قطعه نصفين فخاط نصفه وبقى النصف الآخر له الرجوع فى الآخر, طحطاوى.

ki, ol şey mevhûbun kıymetinde ziyâdeliği mûcib olur; bu ziyâde gerek mevhûbün-lehin fi'liyle hâsıl olsun ve gerek onun fi'li olmaksızın hâsıl olsun ve ol ziyâde gerek mütevellide olsun ve gerek olmasın [**yahut**] mevhûb [**buğday olup da un edilmek**] yahut mevhûb un olup da ekmek yapılmak, yahut mevhûb süt olup da peynir veya yağ i'mâl edilmek, yahut mevhûb yumurta olup da piliç olmak [**gibi mevhûbun ismi değişecek sûretde tağyir olundukda**] bu son tağayyür, mevhûbda ziyâde kabîlinden olmayıp, belki hükmen helâk-i mevhûb kabîlinden olmakla, şu maddedeki "yahut buğday olup da ilh" fıkrası 871. maddede zikrolunsa idi enseb olurdu. Nitekim 899. maddeyi 898. maddeye mukābil zikrinde dahi bu, yâni ziyâde kabîlinden olmadığı anlaşılır. [**hibeden rücû' sahîh olmaz.**]

Mecelle'de, bina ihdâs .....ilâ âhirihi denilir. Maksûd şol bina ve gars ve ziyâde-i muttasıladır ki arzın kıymetince ziyâdeliği mûcib olur. Bu cihetle arz, kebîre olup da bina ve gars onun bir kıtasında ihdâs olunmuş olmakla, kıta-i mezkûrede kıymetce ziyâdeliği mûcib ise de gayrisinde ziyâdeliği müstelzim olmadığı sûretde, ol kıtada hibeden rücû' olunabilir. *(Hidâye ve Tahtâvî)*

Meselâ bir kimse mevhûb arzda bir baraka ihdâs yahut ehemmiyetden âri ağaç gars etmekle, mezkûr bina ve gars, ol arzın kıymetçe ziyâdeliğini mûcib olmasa, arzın hiçbir miktarında hakk-ı rücû'u sâkıt olmaz. Nitekim münâsib olmayan bir mahalde ekmek pişirmek için çamurdan bir fırın binâ olunsa da aslen ziyâdeliği mûcib olmazsa, hibeden rücû'a mâni' değildir. *(Tahtâvî ve Zeyla'î)*

Bina veya garsın ziyâdeliği mûcib olup olmadığı ber-vech-i âtî bilinir. Şöyle ki: Mezkûr arz, bir defa bina ve garsdan ari, bir kerre de onda bina ve gars mevcûd olduğu halde takvim olunur. İki kıymet beyninde tefâvüt var. Yâni meselâ bina mevcûd olduğu haldeki kıymet ziyâde ise, binanın ziyâdeliği mûcib olduğu anlaşılacağı gibi tefâvüt yoğise ziyâdeliği müstelzim olmadığı tebeyyün eder.

Sâniyen, mevhûbün-leh hamamı hâne hâline ifrağ ettiğinde, bina eğer hâli üzre bâkī ise mâni'-i rücû' değildir. Amma kapı açmak ve sıvatmak gibi ziyâde hâsıl olduğunda mâni'-i rücû'dur. *(Hindiyye).*

Sâlisen, mâl-i mevhûb bir mekândan diğer mekâna naklolunduğunda, nakl-i mezkûr mevhûbun kıymetinde ziyâdeliği mûcib olur ve me'ûnet-i nakle hâcet mess eder ise de İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre mâni'-i rücû'dur. Zîra bu takdirde rücû' olunsa mevhûbün-lehin kirâda ve me'ûnet-i nakildeki hakkının ibtâline müeddî olur. *(Ankaravî ve Şürünbülâlî ve Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)* Amma İmam Ebû Yusuf'a göre mâni'-i rücû' değildir. Zîra ziyâdelik aynda hâsıl olmamakla si'rdeki ziyâdelik gibi oldu. *(Zeyla'î)*

Râbi'an, bir kimsenin ittihab eylediği mir'âtı tozdan silmesi ve ittihab eylediği odunu kesmesi mâni'-i rücû' değildir. *(Kunye ve Hamevî)*

Hâmisen, mevhûbun kıymetinde ziyâdeliği mûcib olmayıp belki noksanı mûcib olan ziyâde mâni'-i rücû' değildir. Zîra kıymetçe ziyâdeliği mûcib olmayan ziyâde, sûreten ziyâde ise de hakīkatde noksandır. *(Feth)* Şöyle ki, bir kimsenin ittihab ve kabz eylediği hayvan, yedinde iken sinn-i şâhısı yâni mevcûd dişlerin hâricinde mu'tâdın fevkinde mürtefi' bir dişi çıkarsa bu, hakīkaten ziyâde olmayıp belki bâ'is-i noksan uyûbdan olmakla mâni'-i rücû' addolunmaz. Nitekim noksan, kıymeti mûcib olacak derecede tûl-ı fâhiş dahi mâni'-i rücû' olan ziyâde değildir. Kezâlik mevhûbün-leh, mevhûb kumaşı elbise olmak üzre kesib de henüz dikmemiş ise mâni'-i rücû' değildir. *(Tahtâvî ve Ebussuud)*

Ziyâdelik ayn-ı mevhûbda olmayıp da mücerred terakki-i es'ar ile hâsıl olan ziyâde fi'l-kıymet mâni'-i rücû' değildir. Şöyle ki bir kimse meselâ elli kuruş kıymetinde bir malı diğer kimesneye hibe ve teslîm ettikten sonra terakki-i es'ar ile kıymeti yüz kuruşa çıksa mâni'-i rücû' değildir. *(Kenz ve Ebussuud)*

Bu mes'ele ile mevhûbun diğer mekâna nakil sûretiyle hâsıl olan ziyâde ki, ânifen mâni'-i rücû' olduğu beyân olunmuş idi. Arasında fark vardır. Bu mes'eledeki ziyâde için mevhûbün-lehin hiçbir fi'li ve sun'i mevcûd değil iken, nakil sûretiyle hâsıl olan ziyâde için mevhûbün-lehin fi'li ve ameli vardır.

Husûl-i ziyâdede ihtilâf:

Mevhûbün-leh, "Mevhûb hayvan zebun iken yanımda semizlenmekle mâni'-i rücû' hâsıl oldu." diye iddia ve vâhib inkâr ettiğinde söz vâhibindir. Zîra vâhib, lüzûm-ı akdi inkâr ediyor. (76. maddeye bak.) Her ziyâde-i muttasılada hüküm böyle olup fakat bina ve hıyâta ve sıbğ yâni boyamak gibi şeylerde söz mevhûbün-lehindir. *(Redd-i muhtâr ve Mecma'u'l-enhur ve Bezzâziyye ve Hindiyye)*

Meselâ mevhûb arz olup da, onda bina veya şecer bulunmakla, mevhûbün-leh "Arz sahra iken bana hibe ve teslîm edip ondaki bina ve ağaçları ben ihdâs eyledim." diye iddia ,ve vâhib "Arz hibe ve teslîm edildiği zemân ondaki mezkûr bina ve ağaç mevcûd idi." diye iddiâ ve ihtilâf ettiklerinden, söz mevhûbün-lehindir. Mevhûb sevb-i muhayyat veya mesbuğ yahud seyf mücella olduğunda hüküm ber-vech-i meşrûhtur. *(Hindiyye)*

Şu kadar ki mâl-i mevhûb, mevhûbün-lehe teslîm edildiği târihten itibâren mevhûbün-leh yedinde bulunduğu müddetde bina ve inşası kabîl olmayan şeyler müstesnâ bulunmuştur. *(Bahr)* Zîra bunda mevhûbün-lehin kizbi müteyakkındır. Çünkü bu müddetde bu gibi binanın ihdası âdeten muhâldir *(Tahtâvî)*

Sâdisen, ziyâde-i mâliyenin husûlü mâni'-i rücû' ise de noksan, mâni'-i rücû' değildir. Mezkûr noksan, gerek mevhûbün-lehin fi'liyle hâsıl olsun gerek diğer sebeble hâsıl olsun. Ve bu noksanı mevhûbün-leh zâmin olmaz. *(Ankaravî ve Hindiyye)* Şöyle ki meselâ mevhûbün-leh mevhûb koyunu zebh etse, vâhib hibesinden rücû' ile mevhûbu istirdâd edebilir. Amma pişirdikten sonra istirdâd edemez. *(Hindiyye)* Nitekim mevhûbün-leh, mevhûb

peksimedi yalnız su ile ıslatsa mâni'-i rücû' olmadığı gibi, mevhûb buğdayı kezâlik su ile ıslatsa mâni'-i rücû' değildir,

Sâbi'an, mevhûb kirpas -ham keten bezi- olup da mevhûbün-leh onu kasr[25] etse, vâhib rücû' edemez. Zîra bu halde ziyâde-i muttasıla ve sıfat-ı mütekavvime hâdîs olmuştur. Amma mücerred yıkasa mâni'-i rücû' olmaz.

Sâminen, mevhûb bıçağı bilese yahut mevhûb seyf iken, bıçak hâline ifrağ yahut mevhûb bıçak iken seyfe kalbeylese rücû' edemez.

Tâsi'an, mevhûb ağaç olup da izn-i vâhible mevhûbün-leh, ihtiyar-ı masrafla kat' etse, vâhib rücû' edebilir.

Aşiran, mevhûb, tahta olup da, mevhûbün-leh, bundan kapı veya kasa i'mâl etse vâhib rücû' edemez.

Hâdî aşara, mevhûb kum veya kireç olup da, mevhûbün-leh su ile harç i'mâl etse, vâhib rücû' edemez. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis ve Haniyye fî faslin fi'r-rücû')*

Sâni aşara, Mevhûb hayvan olup da, yed-i mevhûbün-lehde hâmil olsa, ***Sirâc***'da beyân olunduğu üzre hibeden rücû' olunamaz.[26]

Sâlisü aşara, mevhûb gebe hayvan olup da vâhib, kable vaz'ı'l-haml rücû' etmek istediğinde, hamlin ziyâdeleneceği müddet geçmeden rücû' etmek sahîh ise de, ziyâdeleneceği ma'lûm olacak müddet geçtikten sonra rücû' olunamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis ve Dürr-i muhtâr)*

[**Amma ziyâde-i munfasıle mâni'-i rücû' olmaz.**] Zîra ziyâdenin mevhûbün-leh yedinde terk ile asılda rücû' mümkündür. *(Kifâye)* Bu ziyâde veled ve leben ve semer gibi gerek asl-ı mevhûbdan mütevellid olsun ve gerek galle yâni muselâ mevhûbun bedel-i îcârı gibi gayr-i mütevellid olsun. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis)*

Ziyâde-i munfasıla redd bi'l-bey'a mâni' iken, rücû' ani'l-hibeye mâni' olmuyor. Ziyâde-i muttasıla ise bilâkis hibeden rücû'a mâni' iken redd bi'l-ayba mâni' olmuyor.[27]

---

25 Kasr, leke çıkarmak, çırpıcılık.

26 وقال الزيلعى يرجع.

27 واجيب بان الرد فى المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسح يرد على مورد العقد وكذلك الثانى لان الولد بعد الانفصال لايتبع الام لا محالة والى الثانى لانه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا واما فى المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع فى الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة, عنايه.

[**Binâenaleyh bir kimsenin âhara hibe eylediği kısrak**] yed-i mevhûbün-lehde iken [**hâmil oldukda hibeden rücû' edemez.**] Zîra haml, ziyâde-i muttasıladır. Şu tefrî', bu maddenin fıkra-i ûlâsıne müteferri'dir. [**Amma**] mezkûr kısrak [**doğurduktan sonra**] mâni'-i rücû' zâil olmakla 24. maddeye mebnî [**rücû' edebilir.**] Yavrunun irdâından istiğnasına değin rücû' mümteni' midir? Haniyye'de şöyle mezkûrdür: Mevhûb yavruladığında, vâhib fi'l-hâl anada rücû' edebilir. İmam Ebû Yusuf'a göre yavru sütten müstağnî oluncaya kadar anada hibeden rücû' olunamaz. Ondan sonra olunur. Amma yavruda rücû' edilemez. İntehâ. *Tahtâvî*de dahi buna dâir bir mes'ele vardır. *Mecelle* bu fıkrada hakk-ı rücû'u mutlak olarak zikreylemesinden kable'l-istiğnâ dahi kısraktan rücû' olunacağı anlaşılır.

[**Ve bu sûretde yavrusu mevhûbün-lehe kalır.**] Yâni mâni'-i rücû'un zivaliyle hakk-ı rücû' avdet eder. Mâni'-i rücû'un zevâli gerek kable'l-murâfa'a ve'l-hüküm olsun ve gerek ba'de'l-murâfa'a ve'l-hüküm olsun.

Kable'l-hüküm zevâle misâller:

1. Misâl: Bir kimsenin âhara hibe ve teslîm eylediği kısrak, yed-i mevhûbün-lehde hâmil olup ba'dehü doğursa, hibeden rücû' edebileceği gibi, bir kimse hâmil kısrağı diğer kimesneye hibe ve teslîm edip mezkûr kısrak yed-i mevhûbün-lehde doğursa hibesinden rücû' edebilir. Bu sûretlerde yavru mevhûbün-lehe kalır. *(İbni Nüceym).*

2. Misâl: Mevhûb arsa üzerine mevhûbün-lehin yaptığı bina münhedim olarak arsa hâlet-i ûlâsına ric'at etse, vâhibin hakk-ı rücû'u avdet eder. *(Ankaravî)*

İstisna: Bir kimse, razî'ı ittihab ve kabzedip de yedinde iken ihtiyarlanarak kıymeti zemân-ı hibedeki kıymetinden dahi tenezzül etse, rücû' olunamaz. Zîra vaktâ ki büyüdü ve kıymeti tezâyüd eyledi hakk-ı rücû' sâkıt olup, ondan sonra noksan ile hakk-ı rücû' avdet eylemez. *(Zeyla'î)*

Ba'de'l-hüküm zevâle misâller:

1. Misâl: Kısrak yed-i mevhûbün-lehde hâmil olduktan sonra henüz doğurmadan vâhib, hâkime bi'l-mürâca'at rücû'u iddia etmekle, hâkim dahi butlân-ı rücû' ile hükmettikten sonra kısrak doğursa yine hakk-ı rücû'u avdet eder.

2. Misâl: Mevhûb arz olup da üzerinde bina ve gars gibi ziyâde hâsıl olduktan sonra vâhib, hâkime bi'l-mürâca'at fesh-i hibeyi iddiâ etmesi üzerine hâkim, ziyâde-i muttasılanın vücûduna binâen, fesh-i hibe ile hükmetmeyip fakat muahharan mevnhubün-leh ziyâdeyi bi'l-hedm, arzı hâlet-i ûlâsına ricat ettirse, vâhibin dahi hakk-ı rücû'u avdet eder. (24. maddeye bak.)

Amma bir mâni'-i redden dolayı hıyârın sükūtuna hâkim hükmettikden sonra mâni'-i redd zâil olsa, artık hıyâr avdet etmez. (51. maddeye bak.) Şöyle ki; meselâ bir kimse on gün muhayyer olmak üzre bir hayvan satın olıp, üçüncü gün hastalanmış iken hâkime

bi'l-mürâca'at muhayyerliği cihetiyle fesh-i bey'i taleb ve iddia edip de, hâkim dahi, mebî' ol kimse yedinde iken aybın hudûs ve vücûdu cihetiyle hakk-ı feshin butlânına hükmettikten sonra sekizinci gün, yâni müddet-i hıyârda hayvan kema-kân iyileşse, müşteri müddet-i hıyârım henüz bâkī bulunmakla yine hakk-ı reddim olur diyemez.

İmdi, hibe ile bey' beyninde bu bâbda fark şudur. Hibede hakk-ı rücû' iskāt ve ibtâl ile sâkıt ve bâtıl olmaz. Nitekim 864. madde şerhinde zikrolunmuş idi. Binâenaleyh, ziyâde sebebiyle rücû' mümteni' oldu, ve mâni' zâil olunca hakk-ı rücû' dahi avdet eder. Amma bey'de müşterinin hıyâr-ı şart ile hakk-ı feshi iskāt ile sâkıt olacağı gibi, iskāt-ı hâkim ile dahi sâkıt olur. *(Kifâye şerhu'l-Hidâye)*

870. MADDE

Mevhûbün, mülk-i mevhûbün-lehden hurûcu mâni'-i rücû'dur. Yâni [**Mevhûbün-leh mevhûbu bey' ile yahut**] âhar şahsa [**hibe ve teslîm ile**] yahut bir cihet-i birre vakıf ve teslîm ile'l-mütevellî ve tescîl-i şer'î ile [**mülkünden ihrâc eylese, vâhibin**] hibesinden [**rücû'a selahıyyeti kalmaz.**] Velev ki ba'dehü tekrar sebeb-i âharla mülküne avdet ede. Yâni mevhûb, mevhûbün-lehin mülkünden çıktıktan sonra yine mülküne avdet ettiğinde bakılır. Eğer mevhûb, mevhûbün-lehin mülküne sebeb-i âharla avdet ederse rücû' edemez. Ba'zı kütüb-i fıkhiyyede bu madde yerine "mülkünden çıksa .....ilâ âhirihi" ibâresiyle zikrolunmuş olmakla, hurûc ta'bîrinden mevhûbün-lehin vefâtiyle mevhûbun vârise intikāli dahi idhâl kılınmıştır.*(Hindiyye)*

Buna müteferri' bazı mesâil:

Evvelen, vâhib-i evvel, ol malı vahib-i sâniden taleb edemez. Velev ki bi-sebebin âhar mülküne girmiş buluna. Zîra bir şeyde sebeb-i temellükün tebeddülü, ol şeyin tebeddülü makāmına kāimdir. (98. maddeye bak.)

Mevhûbün-leh, sâniden dahi taleb edemez. Zîra mevhûbün lehin mâl-i mevhûbu mülkünden ihrâc ve diğerine temlîk etmesi vâhibin taslît etmesi ile olmakla, sonradan rücû' etmesi kendi tarafından tamâm olan şeyin nakzını tazammun eder. (100. maddeye bak.) *(Zeylaî)*

Sâniyen, mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbun yalnız nısfını mülkünden ihrâc etse, gerek nısf-ı şayi olsun ve gerek nısf-ı maksûm olsun, vâhib bu nısıfda rücû' edemez ise de diğer nısıfda rücû' edebilir. *(Feth)*

Zîra rücû' etmekten imtinâ' mâni' miktarıyla takdir olunması lâzım gelip bunda mâni'-i rücû' yalnız nısıftadır. *(Zeyla'î)* Nitekim vâhib, mevhûbun hiçbir miktarını, mevhûbün-leh mülkünden ihrâc etmemiş iken yalnız nısıfta rücû' edebileceği gibi. Zîra, şol kimse ki külde rücû'a hakkı vardır, küll hakkını istîfâya hakkı olduğu gibi, ba'zı hakkını istîfâ ile ba'zı-

sını terke dahi hakkı vardır. Nitekim küll hakkını terkte hakkı olduğu gibi yalnız ba'zısını terkde dahi hakkı vardır. *(Aynî)* (862. madde şerhine bak.)

Sâlisen, vâhib bir meblağı birine hibe ve teslîm ettikden sonra ondan istikrâz etse, yahut mevhûbün-leh onu başkasına ikrâz eylese, mevhûb istihlâk edilmiş olduğu cihetle artık rücû' edemez.

Râbi'an, mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu bir şahsa bey' ettikden sonra, ba'de't-teslîm oldan iştirâ etse, vâhib artık hibesinden rücû' edemez.

Hâmisen, mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu diğer bir şahsa hibe ve teslîm ettikden sonra irs veya vasıyyet ile o mal yine mevhûbün-lehe yâni vâhib-i sâniye avdet etse, vâhibin hakk-ı rücû'u yoktur.

Sâdisen, mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu bir şahsa hibe ve teslîm ettikden sonra şahs-ı merkūm mezkûr malı mevhûbün-lehe bey' veya hibe ve teslîm eylese yahut mevhûbün-leh fakîr olmakla ona sadaka ve teslîm ettiğinde, vâhib yine rücû' edemez. *(Hindiyye ve Behçe ve Dürer ve Azmizâde ve Ankaravî)*

Sâbi'an, mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu âhara bey' edip de müşteri hıyâr-ı ayb ile redd etse, vâhib rücû' edemez. *(Hindiyye)*

Amma ayn-ı mevhûb, mülk-i mevhûbün-lehe sebeb-i âharla avdet etmeyip fesh sebebiyle avdet ederse, vâhib-i evvelin dahi hakk-ı rücû'u avdet eder. Şöyle ki meselâ mevhûbün-leh, mâl-i mevhûbu âhara hibe ve teslîm ettikten sonra hibesinden rücû' etse, gerek bi'r-rızâ rücû' etsin gerek bi'l-kazâ ve bi-hükmi'l-hâkim rücû' etsin vâhib-i evvel dahi rücû' edebilir. (24. maddeye bak.) *(Ankaravî ve Azmizâde)* Zîra 864. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre bu rücû' fesihtir; yoksa akd-i cedîd değildir.

871. MADDE

Helâk-i mevhûb mâni'-i rücû'dur. Yâni [**Mevhûbün-leh yedinde mevhûb müstehlek olsa**] yâni hakīkaten veya hükmen helâk olsa, müstehlekde [**rücû'a mahâl kalmaz.**] Amma müstehlek olmayan kısım var ise onda rücû' olunabilir. Yâni vâhib, mevhûb-ı müstehlekin bedelini mevhûbün-lehe tazmîn ettiremez. Gerek mevhûbün-leh istihlâk etsin gerek başkası istihlâk etsin ve gerek kendi kendine telef olsun. *(Hindiyye)* Zîra mâl-i mevhûbun ba'de'l-helâk, reddi müteazzir olduğu gibi, mazmûn dahi olmamakla bedelinin ödenmesi dahi lâzım gelmez. *(Zeyla'î)*

Helâk; evvelen, hakīkaten olur. Bu da ayn-ı mevhûbun telefiyle hâsıl olur. Mevhûb, koyun olup da zebh ve ekl edilmek gibi. Sâniyen, hükmen olur. Mevhûb bâkī ve mevcûd olmakla berâber âmme-i menâfi'i telef olmakla olur. Mevhûb kılıç olup da bıçak, yahut

mevhûb buğday olup da un, yahut mevhûb arsada sâbit ağaç olup da bi'l-kat' odun, yahut mevhûb türab veya kum olup da çamur i'mâl edilmek, yahut mevhûb beş aded sîm mecidiye olup da misli bulunan diğer mecidiyeler ile hâlt olunmak gibi. (869. madde şerhine bakınız.) *(Kuhistânî, Redd-i muhtâr, Dürr-i Münteka)* Takdir-i meşrûhtan anlaşılır ki bu madde, madde-i ânife ile müstağnî-anh olamaz.

İhtilafü'l-vâhib ve'l-mevhûbün-leh: Bu takdirde vâhib, hibesinden rücû' etmek istemekle mevhûbün-leh mâl-i mevhûb telef olduğunu iddia etse, söz bilâ yemin mevhûbün-lehindir. (1773. maddeye bak.) Zîra mevhûbün-leh, üzerine vücûb-ı reddi münkirdir. Bu cihetle müstevda'a müşâ'bih oldu. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Yemin lâzım gelmemesi dahi şundandır ki, mevhûbün-leh kendi malının telefini ihbâr ediyor.

Fakat vâhib, mâl-i mevhûb şu mal olduğunu da'vâ ettiğinde mevhûbün-leh mâl-i mevhûb, mezkûr mal olmadığına tahlîf olunur. *(İbni Nüceym)* Nitekim vâhib hibesinden rücû'u da'vâ etmekle, mevhûbün-leh kendisi vâhibin birâderi olduğu cihetle 866. maddeye mebnî hibeden rücû' olunamayacağını dermeyan etse, lede'l-inkâr mevhûbün-leh, kendi birâderi olmadığına vâhib tahlîf olunur. Vakı'â neseb da'vâsında ınde'l-imam yemin tevcih etmez ise de burada maksûd, mücerred neseb olmayıp belki müsebbibü'n-neseb olan maldır. Binâenaleyh maksûd-ı aslî bunda mal olup yoksa neseb değildir. *(Tahtâvî)*

Kezâlik vâhib, hibesinden rücû'u murad ettiğinde, mevhûbün-leh ivaz verdiğini iddia etse söz vâhibindir. *(Hindiyye)* Nitekim vâhib rücû' etmek istediğinde mevhûbün-leh, sen onu bana sadaka olarak verdin dese de vâhib tekzib etse söz vâhibindir. Zîra vâhib mümellik olup cihet-i temlîk ondan bilinir. *(Tahtâvî)*

Mecelle'de mevhûb lafzı mutlak olarak zikrinden anlaşılır ki, küll-i mevhûb telef olsa rücû' olunamayacağı gibi, bazı mevhûb telef olsa, telef olanda rücû' olunamaz. Amma telef olmayanda rücû' olunabilir. Şöyle ki meselâ mevhûb hâne münhedim olsa, vâhib arsada hibesinden rücû' edebilir. *(Ankaravî)*

872. MADDE

[**Vâhib ve mevhûbün-lehden birinin**] ba'de't-teslîm [**vefâtı mâni'-i rücû'dur. Binâenaleyh mevhûbün-leh fevt olsa vâhib hibeden rücû'**] ile mevhûbu vereseden istirdâd [**edemediği gibi vâhib fevt oldukda veresesi**] hibeden rücû' ile [**mevhûbu istirdâd edemez.**] Vâhibin vefâtı mâni'-i rücû' yâni vâhib fevt olduğunda hıyâr fesh ve rücû' bâtıl oldu. Çünkü hıyâr-ı mezkûr vasıftan ibâret olmakla hıyâr-ı rü'yet ve şart gibi mevrus olmaz. Ve bir de şari', hibeden rücû'u vâhib için meşrû' kılmış ve vârisi ise vâhib bulunmamıştır. Mevhûbün-lehin vefâtı dahi mâni'-i rücû' oldu. Zîra mevhûbün-leh fevt olduğunda, mülk veresesine intikāl edeceği ve verese ise mülkü vâhibden ahz ve istifâde etmedikleri cihetle

mevhûbün-leh, ber-hayat iken mülk başkasına intikāl ettiği sûretde vâhib rücû' edemeyeceği gibi, bunda dahi rücû' edemez. Ve bir de sebeb-i mülkün tebeddülü aynın tebeddülü makāmına kāim olacağından, mevhûbun vereseye intikāl etmesiyle ayn-ı uhrâ olmuş olur. (98. maddeye bak.) *(Zeyla'î)*

Sual: Bu maddede vâhibin vefâtı mâni'-i rücû'dur denilmek kâfî olup, mevhûbün-lehin vefâtının mâni'-i rücû' olması mârru'z-zikr 870. maddede dâhil olacağından, ayrıca zikre ve bu maddede beyâna hâcet yoktur. Çünkü bu sûretde mevhûb, mevhûbün-lehin mülkünden çıkmış yâni vârise intikāl eylemiş olur.

Cevâb: Müteveffâ techîz ve tekfîn ve kazâ-i deyn ve tenfîz-i vasıyyet gibi ahkâmda hayy hükmündedir ki, bu bâbda iktizâ edecek emvâl, vereseye intikāl etmeyeceği der-kârdır. *(Kuhistanî)*[28]

873. MADDE

Deynin medyûna hibesi ibrâdır.

Bu cihetle [**Dâyin alacağını medyûna**] müneccezen [**hibe ettikde**] şu hibe cânib-i medyûndan redd olunmadıkça, vâhib [**artık ondan rücû' edemez.**] Velev ki mevâdd-ı ânifede mezkûr mevâni'-i rücû'dan hiçbiri bulunmaya. *(İbni Nüceym)* Zîra şu hibe iskāt olup, sâkıt ise avdet etmez [**51 ve 848. maddelere bak**] *(Dürr-i Müntekā)* Mevâni'-i rücû'dan biri bulunmadığı halde hibeden rücû' olunamayacağı şu maddede mastûr olmakla, aynı hibe ile deyni hibe yâni ibrâ bu vechile iftirâk eder. *(Hamevî)*

Meselâ bir kimse mülk menzilini semen'-i ma'lûm mukābilinde validesine bey' ettikten sonra, sıhhatinde semenini validesine hibe edip fevt olsa, sâir verese semen'-i mezkûrü ondan mutâlebe yahut hâneye müdahâle edemezler. *(Ali Efendi)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Medyûna: Bu ta'bîr ihtirâzîdir. Zîra deyni, medyûndan başkasına hibe ve kabza taslît etmekle, o da kabûl ve kabzettikden sonra vâhib hibesinden rücû' ile yed-i mevhûbün-lehde bulunan makbûzunu istirdâd edebilir. Zîra bu vechile vukū' bulan hibe, temlîkü'l-ayn olup yoksa iskāt-ı deyn değildir. *(Ebussuud)*

2- Müneccezen: Bu kayd ihtirâzî olup mu'allakan hibe olunduğunda bu hibe bâtıl olur. Yâni deynin medyûna hibesinin mu'allakun-bi'ş-şart olarak zikir ve inşası bâtıldır. Meselâ dâyin medyûnuna, "Yarın gelir ise alacağım senin olsun." veya "Sen

---

28 فربما يظن ان الهبة من تلك الاشياء فكان النص صريحا على الموت اولى, طحطاوى.

ondan berîsin." yahut "Nısfını verir isen diğer nısfı senin olsun." veya "Senindir." dese bâtıl olup, ibrâ ise kabûle mütevekkıf olmamak cihetiyle min vechin iskāt ise de, redd ile merdûd olmak cihetiyle min vechin âhar temlîk olduğuna ve ta'lik ise talak gibi iskātât-ı mahzada olabilip, yoksa temlîkât ile min vechin iskātda gayr-i sahîh bulunduğuna binâen mu'allak bi'ş-şart olarak deynin medyûna hibesi sahîh olmaz. *(İnâye)*

Ber-vech-i muharrer şart-ı talîkī ile hibe sahîh olmaz ise de şart-ı takyîdî ile sahîh olur. Şöyle ki, dâyin medyûnuna "Sendeki alacağımın nısfından berîsin, şu şartla ki diğer nısfını bana te'diye edesin." dese, bu şart sahîh olur. Zîra şart-ı mezkûr şart-ı ta'lîkī olmayıp belki takyîdîdir. *(Ebussuud)*

874. MADDE

[**Ba'de'l-kabz sadakadan bir vechile rücû' olunamaz.**] Mevâni'-i rücû'dan biri gerek bulunsun, gerek bulunmasın. *(Islah-ı Îzâh)* Zîra sadaka mukābilinde mutasaddık, sevâba nail olduğu cihetle ivaz hâsıl olmakla rücû' câiz olmadı.

Sual: Sadaka gibi amel-i hayır mukābilinde dar-ı uhrâda husûl-i sevâb, Rabb-i Kerîm'in fazl u ihsânı olup, yoksa Mu'tezilenin dediği gibi amel-i hayra mukābil sevab vermek Vâcibü'l-vücûd üzerine vâcib olmadığı cihetle, husûl-i sevâb maktûun bih ve meczûm değildir. Binâenaleyh sadakadan rücû' câiz olmalı idi.

Cevâb: Sevabdan murad, husûlü'l-va'd-i bi's-sevabdır. Bu da ivazdır. *(Ebussuud ve İnâye)* Ma'a zalik sevab, Dar-ı Ahiretde maktû'u'l-husûldür. Sevabın husûlünde iştibah yoktur. Zîra Vâcib Te'âlâ ve Tekaddes va'dinde hulf etmez. *(Sadi Çelebi)*

Sadaka üç nev'dir:

1-Hem lafzan hem de ma'nen sadakadır. Fakīre, sadaka lafzıyla bir mal vermek gibi.

2-Yalnız ma'nen sadakadır. Fakîre yâni muhtâca hibe lafzıyla bir mal vermek gibi. Nitekim bir kimse sâil veya muhtâca alâ vechi'l-hâcet bir mal verip de sadaka üzerine nass etmese istihsânen rücû' olunamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara)*.

3- Yalnız lafzan sadakadır. Ganîye sadaka lafzıyla bir mal vermek gibi. Bu envâın hiçbirisinde rücû' olunamaz. İmdi ganîye verilen sadakadan rücû' olunamaması lafız i'tibâriyledir. Zîra ganînin kesret-i ıyâli sebebiyle ona verilen sadakadan ba'zan sevâb kasd olunur. *(Ebussuud)* 835. madde şerhinde zikrolunduğu üzre ganîye tasadduk hibe olacağına nazaran, bundan rücû' olunabilmesi îcâb ederse de bunda adem-i rücû' istihsânidir. Amma fakîre ve muhtâca verilen hibeden rücû' olunamaması ma'nâ i'tibâriyledir. Hatta bir kimse diğer kimesneye sadaka niyetiyle bir mal vermekle o kimesne kendisine vedî'a veya âriyet olmak üzre verildiği zannın-

da olarak bunu dâfi'a iâde etse, dâfi'in alması helal olmaz. (72. maddeye bak.) Alır ise redd ve iâde etmesi lâzım gelir. *(Hindiyye)* Nitekim bir kimse muhtâca ve sâile ala vechi'l-hâcet bir mal verip de sadaka olduğuna nass etmese bile sadaka olacağından, istihsânen rücû' olunamaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni aşara)*

Ve bir malda hibe ile sadaka ictimâ' ettiğinde, hibeden rücû' olunup amma sadakadan rücû' olunamaz. Şöyle ki meselâ bir kimse bir hâneyi diğer kimesneye nısfını hibe ve diğer nısfını sadaka olmak üzre verse, hibeden rücû' edebilip fakat sadakadan rücû' edemez. *(Hindiyye)* Ba'de'l-kabz ta'bîri 837. maddeye mebnî bulunmuştur.

Verilen malın hibe veya sadaka olması hakkında ihtilâf:

Vâhib, "Hibe idi binâenaleyh hakk-ı rücû'um vardır." ve mevhûbün-leh "Sadaka idi." diye ihtilâf ettiklerinde söz vâhibindir. *(Mecma'u'l-enhur)* Ta'vîzde ve mâni'-i rücû'-ı karabetde ve mevhûbda husûl-i ziyâde-i mütevellidede ihtilâf olunduğunda, söz yine istihsânen vâhibindir. *(Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi')*

1. Mes'ele: Bir malı filan kimseye sadaka vermeğe vekîl bulunan adam ol malı diğer bir fakîre sadaka verse, bazı fukahâya göre zamân lâzım gelip amma diğer bazı fukahâya göre zamân lâzım gelmez. Zîra sadakadan maksûd-ı aslî rızâ-yı bârî olup diğer fakîre verilmekle bu maksat hâsıl olur. *(Hindiyye)*

875. MADDE

[**Biri bir kimseye mat'ûmâtdan**] yâni yenecek ve içilecek [**bir şey ibâha ettiğinde ol kimse eğerçi ol şeyi alıp da âhara satmak yahut hibe**] ve hediye ve sadaka [**etmek gibi levâzım-ı temellükden olan bir vechile tasarruf edemez.**] Zîra ol kimse onu ekl etmedikçe mebî'in ondaki mülkü zâil olmaz ve binâenaleyh kable'l-ekl nehyederek ibâhadan rücû' edebilir. Bu sûretde ol kimsenin onda tasarrufu gayrin mülkünde bilâ-izin tasarruf olur. Bu ise câiz değildir. (96. maddeye bak.) Ve ol kimse onu yedikten sonra onda tasarruf mümkün olmaz. *(Velvâliciyye)*

Şu kadar var ki bir kimse ziyafet ittihaz ederek müte'addid sofralara misafirlerini taksim etse, bir sofrada oturan kimesne o sofradaki misafire yahut hizmet edene sofradan bir şey verse câiz olduğu gibi diğer sofrada bulunan kimesneye verse yine câiz olur. Amma bazı fukahâya göre bu câiz değildir ki kıyâs olan da budur. *(Dürer ve Hindiyye kubeyle bâbi'r-râbi' mine'l-hibe)*

[**Fakat ol şeyden ekl ve tenâvül edebilir.**]Tenâvül, yemek ve bahşiş vermek ma'nâsına olup lâkin fıkra-i ûlâdan müstefâd olacağı üzre burada ma'nâ-yı sâni kasd olunamaz. Lâkin ekl, me'külata mahsus iken; tenâvül, hem mekülata hem de meşrû'bâta şâmil olup bu halde tenâvülün ekle atfı, atfü'l-âmm ale'l-hâss olur.

[**Ve ba'dehü sahibi onun**] yâni ekl olunan şey kıyemiyyattan ise [**kıymetini**] ve misliyyattan ise mislini ekl eden kimesneden [**mutâlebe edemez.**]

[**Meselâ bir bağ sahibinin izin ve ibâhasıyla biri bağdan bir miktar üzüm yese, bağ sahibi sonradan o üzümün akçesini**] veya mislini [**alamaz.**] Ve bir kimse diğer kimesneye "Bağıma girip üzüm kopar." dediğinde, fakīhin beyânına göre, o kimesne yalnız doyabilecek miktar üzüm koparabilir. Zîra bu söz muhâabın fi'l-hâl muhtaç olduğu miktara izindir. *(Haniyye)* Diğer bazı fukahâ ise, muhatab bu sözle ancak bir salkım koparabilir. *(Bezzâziyye)*

Nitekim bir kadın kendi malını zevci Zeyd ile ekl edip, yâni mezbûre kadın kendi malını kendi eliyle sarf ve zevciyle birlikte ekl ederek ba'de müddetin fevt olduğunda, sâir verese, "Sana yedirdi." diye Zeyd'e hisselerini tazmîn ettirmeğe selahiyetleri olamaz. *(Ebussuudü'l-ımâdî)* Amma zevcine verip zevci sarf etse, bunun hükmü 838. madde şerhinde beyân edilmiş idi.

Hibede rücû' câiz olduğu gibi ibâhada dahi rücû' câizdir. Şöyle ki mübîhin ibâhasından hakk-ı rücû'u vardır. Nitekim 1226. maddede beyân olunuyor.

Şuyu, ibâhanın sıhhatini men' etmeyeceği gibi, ibâha olunan malın ve kezâ ibâha edilen kimsenin ma'lûm olması şart olmadığı 832. madde şerhinde beyân olunmuş idi. Şimdi mübîhin ibâhasına mübâhun-lehin vâkıf olması şart mıdır? Bunu îzâh edelim:

Bu mes'elede beyne'l-fukahâ ihtilâf vâki' olmuştur. *Kunye*'nin beyânına göre şart değildir. Binâenaleyh mübîhın ibâhasına mübâhun-leh vâkıf değil iken, ibâha olunan şeyi ekl etse, mübâhun-lehe zamân lâzım gelmez. *(Haniyye fî berâeti'l-gāsıb ve'l-medyûn ve Câmi'u'l-fetâvâ)*. *Bahr*'da ve *Velvâliciyye*'de mezkûr olduğuna göre şarttır. Binâenaleyh "Cümle nâsa izin verdim ve ibâha ettim ki bağımdan üzüm yiyeler. Kim ki bağımdan üzüm alırsa onundur." dediğinde, bu sözü kim ki vicâhen veya gıyâben istimâ' etmiş ise alabilir ise de, bu sözü işitmeyen kimesne alamaz.[29] Zîra ibâha ıtlâktan ibâret olup, ıtlâk ise vekâlet gibi kable'l-ilm hükümsüzdür.

1. Mes'ele: Bir kimse bir handa hayvan bağlayıp gittikten sonra, ol hayvandan kalan gübreyi kim alır ise onun olup, sahib-i han ona ehakk olmaz. *(Hindiyye)*

LÂHIKA

Tahlîle Müte'allik Mesâil Beyânındadır.

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Benim malımdan yiyeceğin sana helaldır." dese ol kimesne onun malını ekl edebilir. Meğer ki ol kimsenin şu kelâmında ema-

---

29 فان ناول فلان من ذلك بالجهل فانه يتناول حراما ولا يسعه ذلك ما لم يعلم بالاذن والاباحة, هنديه فى الباب الثالث.

re-i nîfâk buluna. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâni)* Nitekim bir kimse "Kim ki benim malımı ekl ede, ona helal olsun." dese onun malından fakîr ve ganînin ekl etmesi helal olur. *(Mine'l-mahâlli'l-mezbûr)*[30]

3. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Senin bendeki her hakkını bana helal et." deyip de o da helal ve ibrâ etse ol kimse berî olur. O kimesne mezkûr hukūka gerek alim olsun ve gerek olmasın. *(Hindiyye)* Zîra sâkıtın cehâleti mâni'-i iskāt değildir. Nitekim medyûn, dâyine "Senin bendeki her hakkından beni ibrâ et." deyip de o da ibrâ etse, medyûn kazâen cümle haktan berî olur. Zîra kazâ zâhire mebnî olup lafzın zâhiri ise âmmdır. Lâkin bazı ulemâya göre diyâneten ancak dâyinin, medyûnunda ne kadar alacağı bulunduğunu zan ve tahmin ediyor idiyse o kadardan berî olup, ziyâdesinden berî olmaz. Zîrâ ahiret rızâya mebnî olup, ve rızâ ise ancak bu miktardadır. *(Bezzâziyye fi'l-gasb ve Tahtâvî fi evâili'l-hibe)*

4. Mes'ele: Tahlîl, zimmette vâcib olan şey üzerine vâki' olur. Yoksa ayn-ı kāim üzerine değil. Binâenaleyh mağsûbun-minh gāsıbı tahlîl etmesiyle gāsıb aynen yedinde mevcûd bulunan mâl-i mağsûba mâlik olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)* Belki o mal bundan sonra dahi mağsûbun-minhin olup, fakat gāsıb onun zamânından berî olarak bundan sonra mağsûb yedinde emanet olur. *(Tahtâvî)*

876. MADDE

[**Hıtan yahut zîfâf düğünlerinde gelen hediyeleri ashâbı, çocuk veya gelin ve baba ve analarından hangisine diye**] yâni bunlardan hangisine mal olmak üzre [**getirmişler ise ol hediyeler onundur.**] Yâni mühdâ-leh, baliğ ise kendisinin ve sağir ise velî veya vasî veya mürebbîsinin kabzıyla sağîr, ona mâlik olur. Bu fıkrada altı sûret olduğu ednâ mülahaza ile anlaşılır. Şu fıkra 861. maddenin fer'i olup bunun hükmü, madde-i mezkûre ile beyân edilmiş ise de, burada fıkra-i âtiyeye tavtı'e için zikrolunuyor. Ma'a zalik bu madde bu faslın mesâilinden değildir.

Meselâ bir kimse hıtân düğününde bir elmas iğne veya küpe veya bir sa'at veya nisvâna mahsus çarşab veya kebîrin telebbüsüne mahsus palto getirip de, çocuğundur veya babasınındır veya anasınındır yâni ona hibe ettim der ise ve usulü dâiresinde kabûl ve kabz vukû' bulur ise, onun olur. Çocuk elmas iğne veya küpeyi veya nisâya mahus çarşafı, yahut çocuğun anası paltoyu ne yapsın denilmez. Zîra hibede mevhûbun mal olması şarttır. Yoksa mevhûb hâl-i hazırıyla mevhûbün-lehin isti'mâline sâlih olması şart değildir.

[**Ve eğer**] ber-vech-i bâlâ [**kimin için getirdiklerini beyân etmeyip kendilerinden sual ile tahkīk**] kābil olur ise onlardan tahkīk olunarak eshabı kimin için getirdiklerini beyân

---

30 قال لرجل مرا بحل كن فقال بحل كردم اكر مرا بحل كنى فقال بحل كردم لا يصح ابراؤه ويصح ابراء الثانى, هنديه فى الباب الرابع وفيها تفصيل.

ederler ise onların sözleri kabûl olunur. Zîra mümellik olan onlardır. *(Hindiyye)* Meselâ mühdi, sûret-i ûlâda "Hediyeyi pedere veya mâdere getirdim." der ise kabûl olunacağı gibi, sûret-i sâniyede, zevc veya geline getirdim der ise kabûl olunur. *(Tahtâvî)* Amma onlardan sual ile tahkīk [**dahi kābil olmaz ise ol halde örf ve âdet-i beldeye riâyet olunur.**] (36. maddeye bak.) Şöyle ki, hıtân düğünlerinde gelen hediyeler eğer sıbyana sâlih ve sıbyanın isti'mâl ettikleri şeylerden ise hediyeler sabînindir. Savlecan "çevgân Farisî olup cirit oyununda hayvan üstünde topu tutup almağa mahsus ucu eğri değnek" ve küre "top" ve sâir oyuncak ve sıbyan elbisesi gibi.[31] Ve eğer hediyeler yalnız ricâle sâlih ise hediyeler babanındır. Ricâle mahsus elbise ve esliha-i harbiyye gibi. Ve eğer yalnız nisâya sâlih ise ananındır. Kadınlara mahsus elbise ve mücevherât gibi. Ve eğer ikisine de sâlih olur ise -derâhim ve denanîr ve bardak ve kaşık ve sa'at gibi- nazar olunur. Hediyeyi getiren babanın akraba ve ehıbbâsından ise babanındır.[32] Ve ananın akraba ve ehıbbâsından ise ananındır.[33] El-hâsıl bunun ve emsalinde ta'vîl ve itimad, örf ve adete olmakla, buna muhâlif hükme delâlet edecek bir sebeb ve vech bulunur ise ona i'timad edilmek lâzım gelir. *(Bahr ve Fetâvâ-yı cedîde ve Tahtâvî)*

Bu maddedeki hıtân yahut zîfâf düğünlerinde ta'bîri ihtirazî olmayıp bir kimesne seferden gelerek diğer kimesnenin hânesine nazil olup "Bu eşyayı evlâdın ve zevcen arasında taksîm et." diyerek birtakım eşyayı verdiğinde, ol kimseye müraca'at ile ol eşyadan hangileri, ıyâlinde bulunanlardan kimlere ait olduğu suâl ve tahkik olunarak ona göre îcâbı icra olunur. Mümkün değil ise nazar olunur. Ol eşyadan sığar zükûre sâlih olanlar onlarındır. "Bu sığar müteaddid olur ise nasıl taksim olunur." Ve sığar-ı inâsa sâlih olanlar onlarındır. Ve kebîr kızlara sâlih olanlar onlarındır. Ve kebîr ricâle sâlih olanlar onlarındır. Ve hem ricâl hem de nisâya sâlih olanlara gelince, mühdî, racülün ehıbbâ ve akrabasından ise hediyeler onundur. Ve eğer kadının akrabasından ise kadınındır. *(Velvaliciyye ve Hindiyye)*

HATİME

Bu gibi düğünlerde irsâl olunan şeylerin def' ve teslîmi örf ve âdet îcâbınca, alâ vechi'l-bedel olmak ise, misliyyattan ise mislini ve kıyemiyyattan ise kıymetini îfâ etmek kābız üzerine lâzım olduğu gibi, eğer örf ve âdet îcâbınca bunlar alâ vechi'l-bedel irsâl olunmayıp, alâ tarîkı'l-hibe ve't-teberru' irsâl olunur ise bunun hükmü hibenin hükmü gibidir ki ba'de'l-helâk evi'l-istihlâk rücû' yoktur. Bu bâbda asıl şudur: Örfen ma'ruf, beynlerinde meşrût gibidir. (43. maddeye bak.) *(Hayriyye)*

31 لان هذا تمليك للصبى عادة.
32 لان التمليك ههنا من الاب.
33 لان التمليك ههنا من الام.

FASL-I SÂNÎ

[**Hibe-i marîz hakkındadır.**]

Buradaki marîzden murad, ta'rîfi 1595. maddede mezkûr olan maraz-ı mevt ile marîzdir.

Maraz: Bedenin bir hâletidir ki, onunla i'tîdâ'lü't-tabî'a zâil olur. *(İbni Melek Şerh-i Menâr)*

Marîzın tasarrufâtı, sahîhin tasarrufâtı gibi olmayıp, onun tasarrufunda bazı takyîdât bulunduğundan, bilhassa marîza ait bazı ahkâm-ı şer'iyye zikrolunmaktadır. Görülmez mi ki, sahîh olan kendi malını dilediğine dilediği baha ile bey' ve hibe ve her şeyi herkes için ikrâr edebilirken, marîz böyle değildir. Nitekim bey'-i marîzın ahkâmı 393. madde ile mevâdd-ı tâliyesinde ve icâre-i marîz 444. madde şerhinde ve kefalet-i marîz dahi 628. madde şerhinde ve rehn-i marîz dahi 708. madde şerhinde ve hibe-i marîz dahi bu fasılda ve ikrâr-ı marîz dahi 1595. madde ile mevâdd-ı tâliyesinde beyân olunuyor.

Maraz, acz-i hâlis bulunan sebeb-i mevt olmakla, vâris ile garîmin hakkının mâl-i marîza ta'allukunu mûcib olur. Binâenaleyh, bunların hukukunu sıyâneten maraz, mevte muttasıl olmak şartıyla esbâb-ı hacrden biri olmuştur. Bu hacr dahi yalnız bu hukūkun sıyânetini mümkün olacak miktardadır. Bu da vârise göre mâlın sülüsânından ve garîme göre miktar-ı deynden ibâretdir.

Maraz, mevte muttasıl olur ise, ol maraza müsteniden esbâb-ı hacrden olur. Mevtin ol maraza istinâdının sebebi şudur: Mevte muttasıl olan maraz evvelinden imâte ile mevsûf olmuş olur. Çünkü marazdan her cüz-i elemi mûcib olup, mevt ise elemin terâdüf ve teâkubundan hâsıl ve binâenaleyh mevt, külli'l-eleme muzâftır. Yoksa yalnız elem-i ahîre muzâf değildir.

Marazın esbâb-ı hacrden olması, mevte muttasıl bulunması şartıyla meşrût olmasına şu mes'ele teferru' eder. Her tasarruf ki fesha muhtemeldir -hibe ve mehâbât gibi- 394. maddeye bak; marîzın mezkûr tasarrufu fi'l-hâl sahîh olur. Zîra marazın hacre sebebiyyeti maraz-ı mezkûr, mevte muttasıl olmadıkça meşkük ve binâenaleyh hacr dahi meşkük olmakla hacr sâbit olmaz. Bundan hakk-ı garîm ve vârisin fevâtı lâzım gelmez. Zîra maraz, muahharen mevte muttasıl ve müeddî olur ise, tasarruf-ı mezkûr nakz olunmak sûretiyle mezkûr haklar muhafaza olunur. *(İbni Melek Şerhu'l-Menâr)*

877. MADDE

[**Vârisi**] ve deyni [**olmayan kimse maraz-ı mevtinde cemî-i emvâlini birine hibe ve teslîm etse sahîh olur.**] Çünkü maraz-ı mevtde hibe, vasîyet olup, gayr-i medyûnun sülüs-i malından ziyâdesinde vasıyyetin adem-i cevâzı veresenin hakkı için olduğundan, verese ol-

mayınca vasıyyet-i mezkûre sahîh olur. *(Mecma'u'l-enhur fi'l-ferâiz)*. Nitekim medyûn-ı müstağrakın vasıyyetinin adem-i cevâzı hakk-ı guramâdan dolayı olup, garîm bulunmayınca vasıyyet sahîh olur. [**Ve ba'de'l-vefât terekesine emîn-i Beytü'l-mal müdahâle**] ve mevhûbun hiçbir miktarını mevhûbün-lehden taleb [**edemez.**] Zîra ilm-i Ferâizde beyân olunduğu vechile Beytülmâl-i mûsâ-leh, bi-ekseri min sülüsünden muahhardır.

İlm-i Feraizde mezkûr olduğu üzre terekeye müstahıkk olanlar on sınıf olup, onuncusu Beytülmal ise de, Beytülmala mâl-i müteveffânın vaz'ı irs tarîkıyla olmayıp belki fey' cihetiyledir. Çünkü Beytülmala vaz'ı irs tarîkıyla olsa idi, bir kimsenin vâris-i hâssı olmadığı takdirde sülüs-i malını mu'ayyen bir fakîre vasıyyet ettiğinde işbu vasıyyeti, vârise vasıyyet olacağı cihetle sahîh olmamak yâni bakıyye-i veresenin yâni bi'l-cümle fukaranın icâzetine mevkūf olmak lâzım gelirdi. *(Redd-i muhtâr fi'l-feraiz)*.

Bu maddede hibe ve teslîm denildi. Zîra bir kimse maraz-ı mevtinde cemî' emvâlini birine hibe edip de kable't-teslîm fevt olsa, hibenin hükmü yoktur. Eğerçi maraz-ı mevtde hibe, vasıyyet ve binâenaleyh sülüs-i maldan mu'teber ve vasıyyetde kabz gayr-i lâzım ise de hakīkatde hibe olduğu cihetle 837. maddeye mebnî kabza tevakkuf eder. *(Redd-i muhtâr)*. "855." madde şerhine bak.

878. MADDE

[**Zevcesinden mâ'adâ vârisi**] ve deyni [**olmayan kimse maraz-ı mevtinde cemî' emvâlini zevcesine veyahut zevcinden mâ'adâ vârisi**] ve deyni [**olmayan kadın cemî' emvâlini maraz-ı mevtinde zevcine hibe ve teslîm etse sahîh olur.**] Zîra maraz-ı mevtde hibe vasıyyet olup mezâhim olmadığı sûretde vârise dahi vasîyyet sahîh olur. *(Dürr-i Münteķā fi'l-feraiz)*

Bu maddenin hükmü, zevc ile zevceye tahsîs kılınmıştır. Zîra bu ikiden başka vârisler terekenin küllîsine farzan ve redden vâris olarak küll-i terekeyi ihraz edecekleri cihetle vasıyyete ve hibeye hâcet yoktur. *(Dürr-i Münteķā fî ikrâri'l-marîz)*. Yâni zevc ile zevcenîn, yek-diğerin emvâlini ihrâzda vasıyyete ihtiyaçları vardır. Çünkü bunlar farzan hisse-i irsiye alırlar ise de "men lâ yerüddü aleyhima" oldukları cihetle, redden hisse alamazlar iken, sâir verese farzan ve redden müteveffânın cemî' emvâlini ihrâz edebileceklerine binâen, bunlara vasıyyetin fâide ve semeresi olamaz.

Meselâ zevcesinden mâada vârisi olmayan bir kimse fevt olsa, rubu' malı zevcesine mevrûs olur ise de selâse-i irbâ'ı Beytülmal'a kalır. Binâenaleyh ol kimse, cemî' emvâlini maraz-ı mevtinde zevcesine hibe ve teslîm ettiğinde, cemî' emvâl zevce-i mezbûreye kalıp emin-i Beytülmal müdahâle edemez. Lâkin bir kızından başka vârisi olmayan bir kimse fevt olduğunda terekesinin nısfını, farzan mezbûre kızı alacağı gibi, diğer nısfını dahi mezbûre kızı redden alarak cümle terekeyi ihrâz eder. Bir kimse maraz-ı mevtinde cemî'

emvâlini kızına hibe ve teslîm etse sahîh ise de, ol emvâli hibe ve teslîm etmemiş olsa idi, farzan ve redden yine mezbûreye kalacağı cihetle hibe edip etmemesinde bir fâide ve semere yoktur.

[**Ve ba'de'l-vefât**] yâni ol kimse veya mezbûre kadın mezkûr marazdan fevt olduktan sonra [**bunlardan birinin terekesine emin-i Beytülmal müdahâle**] ve hisse-i irsiyelerinden fazlasını istirdâd [**edemez.**] Zîra sülüsden ziyâdesinde vasıyyetin adem-i sıhhati veresenin hakkı için olup, vâris-i merkūmdan başka vârisi olmayınca vârise dahi hibe sahîhdir. Ve madde-i ânife şerhinde zikrolunduğu üzre Beytülmal'a, vârisi bulunmayanın malının vaz'ı, irs tarîkıyla olmayıp belki fey' tatikıyladır. *(Mecma'u'l-enhur fi'l-ferâiz)*

Meselâ zevcesinden mâ'ada vârisi olmayan bir kimse maraz-ı mevtinde cemî' emvâlini zevcesine hibe ve teslîm ettikden sonra fevt olsa, emin-i Beytülmal zevceye "Rubu' hisse-i irsiyyeni al selase-i irbâ'ı Beytülmal için alırım." diyemez.

879. MADDE

[**Bir kimse maraz-ı mevtinde**] müteaddid [**veresesinden**] yâni vakt-i mevtde vâris olacaklardan [**birine bir şey hibe**] ve teslîm [**edip de**] ol marazdan [**fevt oldukda diğer verese**] nin icâzetine mevkūf olup, binâenaleyh verese-i merkūme şu hibeyi ba'de mevti'l-mûris mücîz olur ise hibe nâfiz olur. (24. maddeye bak.) *(Feyziyye)* ve verese müteaddid olup da bazısı mücîz olmuş ve bazısı feshetmiş olsa, mücîz olanın hissesinde nâfiz ve feshedenin hissesinde münfesih olur. Fakat şu icâzetin sıhhatinde icâzet veren vârisin âkıl ve bâliğ ve sahîh yâni gayr-i marîz olmaları lâzımdır. Hatta hibe-i mezkûreyi vereseden bulunan sağîr-i mümeyyiz veya mecnûn mücîz olur ise, mu'teber olmayıp vasîleri ba'de'l-icaze dahi hisse-i irsiyyelerini alırlar. *(Behce)*

Fakat bu icâzet, vâhibin vefâtından sonra olmak şarttır. Hatta kable mevti'l-vâhib olan icâzetin hükmü yoktur. Zîra veresenin hakları mûris-i vâhibin fevtinden sonra sâbit olup kable'l-fevt veresenin bir gûne hakları yoktur ki hatta icâzet ile o hakkı iskāt eylemiş olsunlar. *(Câmi'u'l-Fusûleyn)*

Meselâ marîz bir kadın mihrini zevcine hibe edip, veresesi dahi bunu mücîz olduktan sonra kadın fevt olsa, hibe-i mezkûre nâfiz olmaz. *(Ankaravî)* Çünkü ol kadın fevt olmazdan evvel veresenin hibe olunan mihirde bir gûna hakları yoktur. Veresenin hakları hibe olunan malın vereseye mevrûs olmasıyla mütehakkık olup irs ise mûrisin fevtinden sonra sâbit olur.

Şu hibenin adem-i nefâzı veresenin haklarından dolayı olup, yoksa vâhibin adem-i ehliyetinden nâşi değildir. Nitekim şu faslın ünvânı şerhinde beyân olunan mesâil-i usûliyyeden dahi müstefâd olur.

Binâenaleyh bir marîz, malını vârisine hibe ve teslîm ettikden sonra marîz-ı merkūm, diğer veresesi bulunduğundan dolayı şu hibe gayr-i nâfize olduğu beyâniyle istirdâd etmek iddiasında bulunsa şu da'vâsı kabûl edilemez. Nitekim, marîz bir kadın mihrini zevcine hibe ettikten sonra mezbûre "şu hibe maraz-ı mevtde" oldu. Diğer verese dahi mevcûddur diyerek ve gayr-i nâfiz olduğunu beyan eyleyerek mihrini iddia edecek olursa da'vâsı reddolunur. Ve sonra ol marazdan fevt olursa sâir veresesi hisse-i irsiyyelerini mevhûbün-lehden talib edebilirler. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-âşir)*

Kezâlik, bir kadın maraz-ı mevtinde zevci zimmetindeki mihrini ona hibe ettikten sonra, mezbûre henüz ber-hayat iken zevci fevt olduğunda, mezbûre artık mihr-i mezkûrü da'vâ edemez. Fevtinden sonra veresesi da'vâ edebilir. *(Kunye)*

Bu maddedeki vereseden maksûd, vakt-i mevtde vâris olanlardır. Yâni mevhûbün-lehin vâris veya gayr-i vâris olması emrinde mu'teber olan, vakt-i mevt olup, yoksa vakt-i hibe değildir.

Binâenaleyh, oğlu bulunan bir marîz, maraz-ı mevtinde birâderine bir malı hibe ve teslîm edip de vâhib vefât etmeden mukaddem ibni merkūm fevt olmakla eh-i merkūm vâhibe vâris olsa diğer vârisi dahi mevcûd ise hibe-i mezkûre nâfiz olmaz. Bilâkis bir kimse vârisi bulunan birâderine maraz-ı mevtinde bir malı hibe ve teslîm ettikten sonra oğlu doğsa eh-i merkūma olan hibe sahîhdir. *(Redd-i muhtâr)*

Kezâ bir Müslim, maraz-ı mevtinde gayr-i Müslim oğluna bir malı hibe ve teslîm ettikden sonra ibni merkūm İslam'a gelip ba'dehü marîz fevt olsa, hibe câiz olmaz. *(Mecma'u'l-enhur fi'l-vasâyâ)* Nitekim bir kimse, maraz-ı mevtinde birtakım eşyasını bir kadına hibe ve teslîm ve ba'dehü ol kimse mezbûreyi tezevvüc ettikden sonra ol marazdan fevt olsa, sâir verese hibeyi tutmayıp eşya-yı mevhûbey'i mîrâsa idhâl edebilirler. *(Netîce)* Hâlbuki ikrârda hüküm ber-akisdir.

Şöyle ki: Marîz, vârisine ikrâr etmesinde vâris veya gayr-i vâris olmakta mu'teber olan vakt-i ikrârdır. Zîra ikrâr, fi'l-hâl tasarruf olup binâenaleyh vakt-i mezkûrdeki hâlin mu'teber olması lâzım geldi. (1599. maddeye bak.) *(Mecma'u'l-enhur fi'l-vasıyyet)*

Verese, hibe-i mezkûreyi [**mücîz olmaz**] lar [**ise ol hibe sahîh olmaz.**] Yâni bâtıl olur. Zîra maraz-ı mevtde hibe, vasîyyet olup, vârise ise vasıyyet sahîh değildir. Çünkü Resul-i Ekrem (s.a.s.) "***İnnellahe e'tâ külle zî hakkin hakkahü fela vasıyyete li-vârisin***" buyurmuştur. İmdi vârise vasıyyet dört vecih üzre olup her biri bâtıldır.

Vech-i Evvel: Sûret-i vasıyyetdir. Şöyle ki marîz maraz-ı mevtinde bazı emvâlini bazı veresesine bey' ettiğinde nâfiz olmaz. (393. maddeye bak.) Velev ki kıymet-i hakîkiyyesiyle bey' ede. Zîra bu bey' sebebiyle müşteri bulunan vârisi, diğer verese üzerine, mezkûr aynı ona vermesiyle, îsâr ve ihtiyar eylemiş olur.

Vech-i sâni: Ma'nen vasıyyetdir. Marîz, maraz-ı mevtinde mu'ayyen bazı emvâlini veresesinden bazılarına ikrâr etmesi gibi. Bu dahi ma'nen vasıyyettir. Zîra mukarrun-bih mukarrun-lehe bilâ ivaz salim ve muhtass olmuş olur; ve şibhetü'l-harâm dahi haramdır.

Vech-i sâlis: Hakīkaten vasıyyettir. Şöyle ki marîz, maraz-ı mevtinde mu'ayyen bazı emvâlini bazı veresesine vasıyyet eylemesi gibi. Bu maddede beyân olunan bu kabîldendir.

Vech-i Râbi': Şibheten vasıyyettir. Şöyle ki marîz, maraz-ı mevtinde ceyyid bir malını bazı veresesine ol ba'zın reddi malına mukābil bey' etmesi gibi. *(Keşfü'l-esrar şerhu'l-Menar fî faslin ve'l-ümuru'l-mu'teriza ale'l-ehliyyet)*

Mecelle'de "Ol hibe sahîh değildir." denilmesiyle işâret olunuyor ki, hibe hiçbir miktarında sahîh olmaz. Yoksa fıkra-i âtiyede zikrolunduğu vechile sülüsü müsait olduğu miktarda sahîh olur, denilemez.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Maraz-ı mevtinde: Bu ta'bîr ihtirâzîdir. Zîra maraz-ı mevtin gayri bir marazla marîz olanın hibesi, sahîh olanın hibesi gibidir. *(Velvâliciyye)*

2- Fevt oldukda: Bu ta'bîrden müstefâd olur ki, ol kimse fevt olmayıp kesb-i îfâkat ettiğinde hibe-i mezkûre sahîh ve nâfiz olacağı cihetle ba'dehü fevt olsa artık diğer verese mevhûba müdahâle edemez. Meselâ bir kadın hasta olduğunda, zevci zimmetinde olan mihrini ona hibe ettikden sonra îfâkat bulup, ba'dehü bir müddet mürûrunda fevt olsa hibe lâzım olur. Nitekim bir kimse, hâl-i sıhhatinde cemî' emvâlini veresesinden birine hibe ve teslîm ettikten sonra fevt olsa, sâir verese hibe-i mezkûreye müdahâle edemezler. *(Ali Efendi)*

Meselâ müteaddid evlâdı bulunan bir kimse hâl-i sıhhatinde cemî' emvâlini bir oğluna hibe ve teslîm etse sahîh olur. *(Bezzâziyye)* Ma'a zâlik bu vechile bazı evlâdı tercîh etmek, kerâhet-i tahrîm ile mekruhtur. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*[34] Binâenaleyh vâhib, evlâdına hibede müsâvâta riâyet etmelidir ve hatta bir oğlu ve bir de kızı olan kimse, kızına da, oğluna verdiği kadar vermelidir ki müfta-bih olan budur. *(Tahtâvî)*

Sahabe-i Kiram'dan bir zat rivâyet eder ki, "Pederim bana bir malı hibe etmiş ve Resul-i Ekrem (Sallallahü Te'âlâ aleyhi vesellem)'in bu hibeye şâhid olması arzu edilmiş olmakla, pederim beni huzur-ı envâr-nüşûr-ı Nebevî îsal ve beyân-ı hâl edince, Resûl-i adâlet-karîn pederime: "Başka evlâdın var mı?" sualini îrad eylemesi ve pederim de "Var." cevâbını vermesi üzerine, "Onlara da bunun mislini hibe ettin mi?"

---

34 ويكره ذلك عند تساويهم فى الدرجة واما عند عدم التساوى كما اذا كان احدهم مشتغلا بالعلم لا بالكسب لا بأس ان يفضله على غيره اى لا يكره اذا كان التفضيل لزيادة فضل له فى الدين.

diye sormuş ve pederim de “yok” demiş olmakla “***hâzâ cevrün*** ” yâni “Bu zulümdür.” buyurmuştur. *(İnâye)*

Şu kadar var ki, evlâddan birinin fazl ve kemâli ziyâde olunca, bunun diğerleri üzerine tercîhte mesağ bulunduğu dahi kütüb-i fıkhiyyede beyân olunmuştur. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*[35]

Sıhhat ve marazda ihtilâf: Mevhûbün-leh hibe ve teslîm, vâhibin hâl-i sıhhatinde vukū‘ bulduğunu iddia ve verese, hâl-i marazda vukū‘unu da‘vâ ettiğinde, söz alâ kavlin hibenin hâl-i marazda vukū‘unu iddia edenindir. (11. maddeye bak.)[36] Ve alâ kavl-i âhar söz hâl-i sıhhatde vukū‘unu iddia edenindir.[37]

Amma beyyine hâl-i sıhhatde vukū‘unu da‘vâ edenindir. (1766. maddeye bak.) *(Tenkīh ve Hindiyye fi'l-bâbi't-tâsi‘ mine'l-hibe ve Nükūlü Ali Efendi fî tercîhi'l-beyyinât)*

3- Hibe: Bu ta‘bîr delâlet eder ki şu hüküm, yâni ba‘zı veresenin maraz-ı mevtde adem-i tercîhi emlâke mahsus olup, amma arâzî-i emîriyye ile müsakkafât ve müstagıllât-ı vakfiyyenin ferâğında hüküm böyle diğildir.

Şöyle ki: Arâzi-i emîriyye ve mevkūfenin maraz-ı mevtde gerek bazı eshab-ı intikāle yâni vereseye ve gerek ecnebîye ferâğı mu‘teberdir. Velev ki fâriğ medyûn-ı müstağrak olsun. Binâenaleyh, hîn-i ferâğda men‘ olunamayacağı gibi ba‘de'l-ferâğ, marîz fevt olduğunda verese ferâğı mücîz olmadı bahânesiyle ferâğ-ı mezkûr fesholunamaz. Nitekim, marîzın eshab-ı intikālden kimesnesi olmadığı takdirde arâzi memuru “Arâziyi mahlûlden kaçırıyorsun.” diye ferâğdan men‘ ve ba‘de'l-ferâğ ve'l-vefât arâziye müdahâle edemeyeceği gibi.

Kezâlik bir kimse, bi'l-icâreteyn tasarrufunda bulunan vakıf müsakkafatı maraz-ı mevtinde izn-i mütevelli ile bazı eshab-ı intikāline yahut ecnebîye ferâğ edebilir. Velev ki fâriğ, medyûn-ı müstağrak buluna. Ve bu ferâğ maraz-ı mevtde olmuş diye sâir verese veya fâriğin dâyinleri mefrûğun-bihe müdahâle edemezler. Nitekim mütevelli dahi ferâğa izin vermekten asla imtinâ‘ edemeyeceği gibi. Şu kadar var ki marîz, maraz-ı mevtinde ber-vech-i muharrer izn-i mütevelli ile ferâğ ettikden sonra eshab-ı intikālden kimesnesi olmadığı halde fevt oldukda, mütevelî-i vakf, mefrûğun-lehden mefrûğun-bihi istirdâd ve vakf için zabt eder. Mefrûğun-leh dahi bedel-i ferâğı müteveffânın terekesinden taleb eder.[38] [**Amma**] marîz maraz-ı

35 ان كان فى ولده فاسق لاينبغى ان يعطيه اكثر من قوته كيلا يصير معينا له فى المعصية ولو كان ولده فاسقا فاراد ان يصرف ماله الى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه, طحطاوى باختصار.

36 لانه ينكر لزوم العقد والملك.

37 لان تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت واختلف فيه فالقول لمن ينكر النقض.

38 Bunun sebebi, el-yevm mevcud ve mer‘î bulunan nizamdır.

mevtinde [**veresesinden başkasına**] bilâ şartı'l-ivaz [**hibe ve teslîm ettikde sülüs-i malı mevhûbun tamâmına müsait ise**] şu hibe [**sahîh**] ve nâfiz [**olur.**] Zîra maraz-ı mevtde ecnebîye hibe, ona vasıyyet hükmünde olmakla, ba'de't-techîz ve't-tekfîn ve ba'de edâi'd-düyûn bâkī emvâlin sülüsünden mu'teber olur. Verese gerek mücîz olsun ve gerek olmasın.[39] [**müsâid olmayıp da**] küll-i [**verese dahi hibeyi mücîz**] olur ise küllîsinde hibe sahîh olup mücîz [**olmaz ise**] sülüs-i malının [**müsait olduğu miktarda hibe sahîh olup bâkīsini mevhûbün-leh**] vereseye [**redde mecburdur.**] Ve bunda, mevhûbün-leh muhayyer değildir. Hâlbuki 394. maddede mezkûr olduğu üzre bey'de müşteri muhayyer idi.

Maraz-ı mevt, sekiz dokuz ay temâdî etse bile hükm-i mezkûr cârîdir.

Meselâ bir marîz, diğer kimesne zimmetindeki bin kuruş alacağını maraz-ı mevtinde ona hibe ettiğinde, sülüs-i malı yalnız yüz kuruşa müsâid olsa, yüz kuruşda hibe sahîh ve lâzım olup, mütebâkīsini îfâya mecburdur. *(Ali Efendi)*.

Kezâ mâl-i mevhûb, bir hâne olup da ondan başka malı olmayınca, hibe sülüsde câiz olup, sülüsânı vereseye reddolunur. Kābil-i kısmet olanda ve olmayanda hüküm böyledir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-âşir)*. Nitekim bir ineğinden başka malı olmayan bir kimse, maraz-ı mevtinde mezkûr ineği birine hibe ve teslîm edip de mevhûbün-leh dahi onu âhara sattıkdan sonra vâhib fevt olsa, bey' fesholunamayıp ol ineğin kıymetinin sülüsanını mevhûbün-leh vereseye zâmin olur. *(Ankaravî)*

Marîz, gerek vârisine ve gerek ecnebîye ba'de'l-hibe ve't-teslîm mevhûbün-leh onu âhara bey' ettikden sonra vâhib fevt olsa, bey' nakzolunamayıp fakat mevhûbün-leh vâris ise mevhûbun tamâm-ı bedelini zâmin olup, bu bedel beyne'l-verese taksîm olunur. Ve mevhûbün-leh ecnebî ise sülüs müsâid olmadığı miktarı zâmin olup, bedel-i zamân vereseye i'tâ olunur. *(Kaidiyye ve Ankaravî)*

Şerhan "Bilâ şartı'l-ivaz" denildi. Zîra maraz-ı mevtinde bir malını vâris olmayan bir kimseye o malın sülüsân kıymetine muadil veya ekser olarak ivaz vermek şartıyla hibe ve teslîm ettiğinde mezkûr maldan başka malı olmasa bile hibe sahîh olur. Amma ivaz-ı mezkûr mevhûbun sülüsân kıymetinden ekall olup, vâhibin başka malı dahi bulunmaz ise mevhûbün-leh muhayyerdir. Dilerse ivazı sülüsân kıymetine iblağ ve ikmal eder. Dilerse cemî' hibeyi redd ile ivazı istirdâd eyler. Min gayri şartı'l-ivaz hibe edip de mevhûbün-leh ivaz verse hüküm böyledir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'l-âşir ani't-Tatarhaniyye)*

---

39 يجب ان يعلم ان هبة المريض هبة عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كان لانها وصية ولكن لان حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث فشرط فى هذا العقد قبض الموهوب قبل موت الواهب, طحطاوى.

Şüf'ada dahi hüküm böyledir. Şöyle ki, vâhib maraz-ı mevtinde, üç yüz lira değerindeki hânesini, yüz lira kıymetindeki ma'lûm atını ivaz vermek şartıyla bir kimseye hibe ve teslîm ettikden sonra 1022. maddeye mebnî, şefî' mezkûr atın kıymetini mevhûbün-lehe vererek hâneyi bi'ş-şuf'a zabdettikden sonra vâhib fevt olup verese mücîz olmasalar şefî' muhayyerdir. Dilerse hânenin sülüsünü reddederek, sülüsünü alıkor. Dilerse küllîsini reddederek verdiği bedeli istirdâd eder. Lâkin ivaz hîn-i hibede meşrût değil iken i'ta edilse, şüf'a cereyan eylemez. *(Mine'l-mahâlli'l-mezkûr.)*

880. MADDE

[**Terekesi müstağrak-ı düyûn olan kimse maraz-ı mevtinde**] az çok [**emvâlini vârisine yahut başkasına**] yâni ecnebîye [**hibe ve teslîm ettikden sonra**] ol marazdan [**fevt olsa, dâyinler hibeyi tutmayıp ol emvâli kısmet-i guramâya idhâl edebilir.**] (46. maddeye bak.)

Terekesi müstağrak-ı düyûn demek; deyn, terekesine müsâvî yahut deyn müsâvî olmak demektir. Şu vechile hibe ve teslîm olunan mal, yed-i mevhûbün-lehde kıymetiyle mazmûndur. Binâenaleyh, mevhûbün-leh mâl-i mevhûbu kable mevti'l-vâhib bey' etse, guramâ bey'i nakzedemeyip mevhûbün-lehe tazmîn ettirirler. *(Câmi'u'l-fusûleyn)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Maraz-ı mevtinde: Bu kayıt ihtirâzî olup, hâl-i sıhhatinde hibe ve teslîm ettikten sonra hastalanarak vefât etse, dâyinler mevhûba müdahâle edemezler. *(Ali Efendi)*

2- Ol marazdan fevt: Bu kayıt dahi ihtirâzîdir. Zîra bir kimse hâl-i marazında emvelîni veresesine veya başkasına hibe ve teslîm ettikten sonra ol marazdan îfâkat bulsa, hibe sahîh ve lâzım olur. Çünkü maraz-ı mezkûrün maraz-ı mevt olmadığı tahakkuk eyledi. *(Hindiyye)*

3- Emvâlini: Bu ta'bîr arâzi-i emîriyye ile müstagıllat-ı vakfiyyeden ihtirâz içindir. Zîra müstağrak-ı düyûn olan kimse maraz-ı mevtinde uhde-i tasarrufunda bulunan bi'l-cümle arâzi-i emîriyyesini yahut bi'l-icâreteyn tasarrufunda bulunan müstegıllat-ı vakfiyyesini bedel mukābilinde yahut meccânen izn-i sahib-i arz yahut re'y-i mütevelli ile ecnebîye veya vârisine ferâğ etse sahîh olur. Dâyinler mefruğun-bihe müdahâle edemezler. Zîra dâyinlerin hakları marîzın emvâline ta'alluk edip bunlar ise emvâlden değildirler!

4- Hibe etse: Bu ta'bîr, mevhûbun bi'r-rızâ redd ve iâdesinden ihtirâz için değildir. Şöyle ki mevhûbün-leh maraz-ı mevt ile marîz iken vâhibin talebi üzerine mâl-i mevhûbu vâhibe redd ve iâde ettiğinde, bu iâde hibe-i cedîde hükmündedir. Binâenaleyh mevhûbün-leh medyûn değil ise sülüs-i malından mu'teber olur. Amma

medyûn müstağrak ise rücû' ani'l-hibe ve redd bâtıl olarak mâl-i mevhûbun, mevhûbün-lehin terekesine iâdesi lâzım gelir. Amma mevhûbün-leh, maraz-ı mevtinde rızâsıyla redd ve iâde etmeyip belki hâkimin hüküm ve kazâsıyla iâde ettiğinde, bu rücû' ve iâde sahîh olup, ne mevhûbün-lehin guramâsı ne de vârisleri mâl-i mevhûba müdahâle edemezler. (*Hindiyye*) (864. madde şerhine bak.)

5- Edebilirler: Bu ta'bîr delâlet eder ki guramânın küllîsi ehl-i teberru'dan oldukları halde mücîz olsalar câiz olup, artık feshedemeyecekleri gibi, yalnız bazısı mücîz olsa, mücîz olanın hissesinde hibe sahîh olur.

Allahü sübhânehü ve te'âlâ a'lem.

Şerh-i Kitabü'l-Gasb ve'l-İtlâf

KİTÂB-I SÂMİN

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى بين الشرايع بنبيه المختار،
وزين الدين بانزال محكم كتابه عليه وانار صلى الله
عليه وعلى آله الاخيار واصحابه المهاجرين والانصار،
واغفر لعبدك ولعبادك المؤمنين يا غفار.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-GASB VE'L-İTLÂF

KİTÂB-I SÂMİN

Yani *Mecelle*-i *Ahkâm-ı Adliyye*'nin münkasim olduğu on altı kitabdan sekizinci kitab [**Gasb ve İtlâf hakkında olup, bir mukaddime ile iki bâba münkasimdir.**] Şu kitabda, kütüb-i fıkhiyyede "Kitabü'l-Gasb" ünvanı tahtında beyân olunan bazı mesâil zikrolunduğu gibi, Kitabü'd-Diyât'ta ***"Faslün fî-mâ yahdüsü fi't-tarîkı ve gayrihi ve bâbu cinâyeti'l-behîme ve'l-cinâyeti aleyhâ"*** ünvanları altında ityân olunan bazı mesâil ve ahkâm zikrolunmaktadır. Ancak ünvan-ı ahîrede, cinâyet ale'l-behîme dahi mezkûr iken, *Mecelle*'de buna dair mesâil zikrolunmadığından, tetmîmen li'l-fâide, buna dâir bazı mesâil-i mühimme şu kitabın âhirinde şerhde zikrolunacaktır.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-GASB VE'L-İTLÂF

MUKADDİME

Gasba müte'allik [**bazı istilâhât-ı fıkhiyye beyânındadır.**] "Bazı" ta'bîrinden anlaşılacağı üzre, bu mukaddimede beyân olunan *Mecelle*'nin şu kitabında iktizâ eden ıstılâhât-ı fıkhiyye olup, yoksa gasba dâir bi'l-cümle ıstılâhât-ı fıkhiyye değil.

881. MADDE

[**Gasb**] lugat-ı Arab'da bir şeyi tagallüb tarîkıyla berâ-yı isti'mal ahz etmektir. Ol şey gerek mütekavvim, gerek gayr-i mütekavvim olsun. Binâenaleyh, "Filan adamın bargiri gasb olundu." denilmek lugaten sahîh olduğu gibi, "Filan şahsın zevcesi gasbedildi." denilmek dahi lugaten sahîh olur. Ma'nâ-yı şer'î-i âtîsi lugat ma'nâsından ehass olmakla, gasbın ma'nâ-yı şer'î-i âtîsinde isti'mâli, âmmın ismini hâssa nakil kabîlinden olur. Ve şer'an [**bir kimsenin**] ve şer'in [**izni olmaksızın**] yani tagallüb tarîkıyla mütekavvim ve muhterem [**malını**] alâ sebîli'l-cehr, o malda vâki' olan bir fi'l ile, mâlikin yed-i muhıkkasını hakîkaten veya hükmen izâle veya kasr ve yed-i mutbılesini isbât eder sûretde [**ahz ve zabt etmektir. Ahz eden kimseye gāsıb ve ol mala mağsub**] ve ba'zan mezkûr mala dahi gasb [**ve**] ol mal [**sahibine mağsubün-minh danilir.**] Gāsıbın cem'i gussâb gelir. *(Hindiyye ve Vikāye ve Netayicü'l-efkâr ve Tahtâvî)*

Îzâhu'l-kuyūd:

1- Bir kimsenin: Bu ta'bîr âmm olmakla umûmiyyetinden müstefâd olur ki âhiz, ol kimseden ecnebî olsa ahz-ı mezkûr gasb olacağı gibi, ol kimsenin akrabasından yahut o malda âhiz ile müşârik bulunsa yine gasb olur. Şöyle ki, bir kimse babasının veya zevcesinin malını onun izni olmaksızın ahz ve zabt etse gāsıb olacağı gibi, bir mal iki kimse beyninde müşterek olup da, müşteriklerden biri diğerinin izinsiz, şer'an me'zûn olmadığı hususlarda o malı isti'mâl etse gāsıb olur.

Muselâ müşterek hayvana, müşâriklerden biri bilâ-izni'l-âhar râkib olsa, rükûb-ı mezkûr gasb ve râkib gāsıb olur. *(Kuhistani)* (1080. maddeye bak.)

Kezâ müşteriklerden biri ma'lûm dâbbedeki hissesini bir şahsa bey' edip, bilâ-izni'l-âhar müşteriye teslim etse diğer müşârikin hissesini zâmin olur. *(Redd-i muhtâr).*

2- Şer'in: Sahibinin izn-i sarîhi olmasa dahi izn-i şer'le alınmak gasb değildir. *Mecelle*'de bu kayıt zikrolunmamış ise de, şer'in izni mal sahibinin izni hükmünde olup, ta'rîfte vâki' izin, hakîkaten izin ile hükmen izne ta'mîm edildiğinde, bu kaydın ma'nâsı dahi ta'rîften müstefâd olur.

İmdi âtî'z-zikr mesâildeki ahz, izn-i şer'la olmakla gasb değildir. Şöyle ki:

Evvelen: Vâlid muhtaç ise veledinin cins-i nafakadan olan malını ahzedebileceği cihetle, bu ahzdan dolayı vâlid, gāsıb olmaz. Fakat muhtac değil iken ahz ve istihlâk ederse zamân lazım gelir. *(Feyziyye ve Ali Efendi)* (799. madde şerhine bak.)

Sâniyen: Dâyin medyûnunun alacağı cinsinden bulunan malına zafer-yâb olduğunda istîfâ-yı deyn garazıyla o malı ahz edebilip, dâyin bu ahzıyla gāsıb olmaz. Medyûn gerek mukırr ve gerek münkir olsun. Ve münkir olduğunda âhızın beyyinesi gerek bulunsun ve gerek bulunmasın. Hatta medyûn, bu meblağı dâyinden cebren istirdâd etse gāsıb olur.

Amma dâyin, hılaf-ı cins maldan bilâ-izni'l-medyûn istîfâ-yı deyn maksadıyla medyûnun malını ahzedemez. Şöyle ki, dâyinin on altın alacağı olup da bilâ-izin medyûnunun on altın kıymetli bargirini ahz etse gāsıb olur. Şu kadar ki, Ebu Bekri'r-Râzî'ye göre dâyin on altın alacağı mukābilinde, bilâ-izni'l-medyûn, deyni kıymetinde bulunan gümüşünü istihsânen ahzedebileceği gibi, aksi de böyledir; ki İmam Şâfi'î dahi bu vechile ictihâd buyurmuştur. *(Bahr fi'd-da'vâ ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis).*

Sâlisen: Bir kimsenin diğer kimesneden on altın alacağı olmakla bir şahıs ol kimseye iâne maksadıyla o kimesneden on altın alıp ol kimseye verse, âhız istîfây-ı hakka mu'în olarak kavl-i müftâ-bihe göre şahs-ı merkūm gāsıb ve zâmin olmaz. *(Bahr fi'd-da'vâ ve Hindiyye)*

Râbi'an: Bir kimesye on altın medyûn olarak vefat eden kimesnenin diğer bir şahıstan on altın alacağı olmakla ol kimse, müteveffâdaki alacağını istîfâ maksadıyla şahs-ı merkūmdan on altınu cebren alsa, ol kimse gāsıb olmaz. Çünkü ol kimsenin ahzı izn-i şer'ledir. Ve ol kimsenin me'huzu mazmûn olarak deyn ile takas vâki' olur. *(Haniyye)*

3- İzni olmaksızın: İzn-i menfîden murad, sarâhaten veya delâleten ve âdeten olan izinden e'ammdır. Yani mal sahibinin, ahz-ı mala sarâhaten de delâleten ve âdeten de izni bulunmamalı demektir. Bu ta'bîr ile izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıle müstefâd olur. Zira ahz, bilâ-izni'l-mâlik olmadıkça yed, mutıle olamaz. Binâenaleyh bu ta'bîrle;

Evvelen, mâlikinin izn-i sarîhi ile alınan vedî'a ve âriyet hâric kalır. Zira bunlarda dahi mâl-i menkūl mütekavvim ve muhteremden izâle-i yed-i muhıkka var ise de bi-izni'l-mâlik alıp onlarda isbât-ı yed-i mubtıle yoktur. *(Tahtâvî)*

Kezâ rehin, hibe, mebî', me'cûr, mâl-i mudârebe ve mâl-i şirket gibi emvâlin ahzı ta'rîften hâric kalır. Zira bunların ahzı akd-i meşrû'a müsteniddir.

Sâniyen, mâlikinin delâleten izniyle ahzolunan şu mesâil-i âtiye dahi ta'rîf-i gasbdan çıkar. Zira 772. maddede zikrolunduğu üzre delâleten izin, sarâhaten izin gibidir. Ve delâlet ile sâbit olan iznin hilâfına tasrîh vâki' olmadıkça o delâletle izin, vacibü'l-i'tibârdır. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

1. Mes'ele: 1080. maddede mezkûr olduğu üzre müşterek hayvan sahiblerinden biri gāib olsa, hazır olan hissedar, ol hayvanı yük taşımak ve çift sürmek gibi müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan işlerde hissesi kadar isti'mâl ettiğinde, şerîk-i gāibin hissesinde gāsıb olmaz. Zîrâ bunda gāibin delâleten rızâsı var addolunur.

2. Mes'ele: 772. madde vechile bir kimse bir haneye sahibinin izniyle dahil olup meydanda duran kadeh ile su içerken mezkûr kadeh elinden düşüp kırılsa, mezkûr kadeh ile su içmeğe ve bu maksadla ahza delâleten izin bulunmakla zamân lazım gelmez. *(Hâniyye fi'l-gasb)*

3. Mes'ele: Bir kimse merâdan hayvanlarını götürmek için diğer kimesneyi merâya gönderip de meb'ûs yâni o kimesne ol kimsenin bargirini ahz ile râkib olarak merâya gitse de bargir telef olsa, âmir ile meb'ûs arasında inbisât yâni teklifsizlik var ise zamân lazım gelmez. Ve illa zâmin olur. *(Bezzâziyye fi'l-gasb ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara)*

4. Mes'ele: Dayf, yâni misâfir giderken hâne sahibi nezdinde bir şey unutmakla, mudîf arkası sıra onu götürürken bir gāsıb, ol şeyi ondan ahz ve gasb etse, eğer dahil-i şehirde gasb etmiş yâni mudîf onu henüz şehirden çıkarmamış ise ona zamân lazım gelmez. Ve eğer haric-i şehirden gasb etmiş ise mudîf bedelini dayfına zâmin olur. *(Bezzâziyye fi'l-gasb ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara)*

5. Mes'ele: Zevcin satın aldığı unu zevce bilâ-emr-i sarîh ekmek yapsa yahut zevcin iştirâ ettiği eti bilâ-emr-i sarîh pişirse, ekmek ve taam zevcin olup, zevce ameli mukābilinde ücret alamaz. *(Ali Efendi)* Yoksa zevce, bunları ismi değişecek sûretde tağyîr etmiş olmakla 899. madde hükmünce ona mâlik olur denilemez. Zîrâ zevce, delâleten buna me'zûndur.

6. Mes'ele: Veled hastalandığında vâlidi, ve vâlid hastalandığında veledi hastaya lazım gelen şeyleri veledin veya vâlidin malından bilâ-izin alabilir.[1]

Nitekim birkaç refîk birlikte sefere gittiklerinde, içlerinden biri hastalanarak diğerleri buna lazım olan şeyleri satın alsalar câiz olur. Zîrâ seferde refîk ehl ü ıyal menzilindedir.

---

1 لان الاذن ثابت باعتبار العادة فيما يحتاج اليه من الطعام والدواء فصار كالمصرح به.

7. Mes'ele: Müstevda' vedî'ayı 799. maddede muharrer kesâna şol mevzi'de infaâk etse ki, onda rey-i kādı alınmak mümkün olmaya caizdir. Ve müstevda' gāsıb olmaz.

8. Mes'ele: Seferde bazı rüfeka fevt olmakla ber-hayat bulunanlar müteveffânın emti'asını bey' ve semeninden müteveffâyı techîz ve tekfin ve bakıyyesini veresesine reddedebilirler. (96. madde şerhine bak.)

9. Mes'ele: Bir mahalle mescidinin mütevellîsi olmayıp da ehl-i mahalleden biri, o mescidin evkâfının gallesinden mescide lâzım gelen hasır gibi nesneyi alsa, diyâneten zâmin olmaz. Amma hükmen zâmindir.

10. Mes'ele: Verese-i kibâr, verese-i sığâra terekeden olan hisselerinden infâk etseler, sığarın vasîleri olmayınca diyâneten zâmin olmazlar. Amma kazâen zamân lâzım gelip infâkta müteberri' olurlar.

11. Mes'ele: Vasî, müteveffânın Zeyd'e borçlu olduğunu bilince verese ve kadının ma'lûmatı bulunmasa bile, borcu ifa edebilip fakat kazâen zamân lâzım gelir. *(Tahtâvî kubeyle fasl-ı gayb.)*

12. Mes'ele: Lukatadır. (769. madde ile şerhine bak.)

Sâlisen, mezkûr "izni olmaksızın" ta'bîrinden mesâil-i âtiye gasb olduğu müsteban oldu.

Mes'ele-i ûlâ: Bir kimse diğer kimesnenin izni olmaksızın mizah tarîkıyla akçesini ahzetmesi gasbdır. (2. madde şerhine bak.) *(Behce)* Nitekim 890. madde şerhinde zikrolunacak Hadis-i şerîf'den dahi müstefâd olur.

Mes'ele-i sâniye: Yolda nâ'im ve lâ ya'kıl olan sekrân üzerinde yahut başı altındaki sevbi yahut parmağındaki yüzüğü yahut kesesindeki akçeyi zâyi' olmasın için li-ecli'l-hıfz bir kimse ahz etse, gāsıb olur. Zîrâ bu emvâl, sahibiyle mahfûz idi. Amma yolda düşen rubasını berâ-yı muhâfaza alsa gāsıb ve zâmin olmaz. (766. madde şerhine bak.) *(Bezzâziyye ve Haniyye fi'l-gasb)*

Mes'ele-i sâlise: Vedî'a olan elbisenin boğçası derûnuna müstevda' kendi elbisesini dahi koymuş olup mûdi' mezkûr boğçayı alırken müstevda'ın elbisesini dahi bilmeyerek birlikte götürse, telef olunca mûdi', müstevda'ın elbisesini zâmin olur. Zîrâ gayrin malını kendi nefsi için götürmüş ve her ne kadar cehlen almış ise de cehil, özürden gayr-i ma'dûd bulunmuştur. *(Bezzâziyye ve Tekmile-i Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' aşara)*

Mes'ele-i râbi'a: Bir kimse kassara verdiği elbiseyi getirmek üzre diğer kimesneyi resûlen gönderip de ol kimse resûle sehven diğerin elbisesini verip de yedinde telef olsa ruba sahibi muhayyerdir; dilerse resûle ve ister ise kassara tazmîn ettirir. Amma kassar sehven kendi rubasını verse, resûle zamân lâzım gelmez. *(Bezzâziyye)*

Mes'ele-i hâmise: Bir kimse sırçacı dükkânına girip de bakmak üzre bilâ-izin bir kâse almakla, yedinden düşerek kırılsa, zâmin olur. *(Haniyye fi'l-gasb)*

Mes'ele-i sâdise: Bir kimse diğer kimesnenin dâbbesini yediverse yahut bir kimse kendi mezruâtını gayrin hayvanı ekl ederken görmekle, ol kimse mezkûr hayvanı tutup habsetse de telef olsa zâmin olur. Gerek bundan dolayı telef olsun, gerek diğer bir sebebden dolayı telef olsun. Amma ekininden çıkardıktan sonra zâyi' olduğunda eğer yalnız ekininden çıkarmakla iktifâ ederse, zamân lâzım gelmez. Fakat ekininden çıkarmakla beraber daha uzağa sürse zâmin olur. Gayrin mezrû'âtında bulunan hayvanı çıkarmakta dahi hükm-i mezkûr cârîdir. *(Camiu'l-fusûleyn)*.

İzinde ihtilâf: Bir kimse diğerin malında tasarruf ettikden sonra, tasarrufu mal sahibinin izniyle olduğunu iddiâ ve mâlik inkâr etse, söz mâlikindir. Zîrâ izin sâbit değil iken, zamânı mûcib olan sebeb mevcûddur.

Meselâ bir kimse diğer kimesnenin bargirini zebh ettikten sonra, o kimesnenin emriyle zebh ettiğini iddiâ ve o kimesne emri inkâr etse söz o kimesnenindir.

Fakat zevc, zevcesinin malında tasarruf ettikden sonra, zevce fevt olduğunda veresesi, bilâ-izin tasarruf ettiği cihetle zamân lâzım geleceğini ve zevc, bi'l-emr ve'l-izin tasarruf ettiğini iddiâ ve ihtilâf ettiklerinde söz zevcindir. Zîrâ zahir-i hal zevc için şahiddir. Şu cihetle ki zevc, bu gibi tasarrufâtı zevcesinin malında ancak onun izniyle yapar. Zahir-i hal ise def'de kâfîdir.

Meselâ zevc, zevcesinin parasını diğer kimesneye ikraz ettikten sonra fevt olmakla veresesi, "Bilâ-izin tasarruf ve ikraz etmiş idin zâmin ol." diye da'vâ ve zevc,"Zevcemin izniyle tasarruf etmişidim." diye iddiâ ettiğinde söz zevcindir. Zîrâ bunda zahir-i hal zevc için şahid olup zahir-i hal ise def' için kâfîdir. *(Dürr-i muhtar ve Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)*

4- Mütekavvim: Muhrez ve şer'an mübâhu'l-intifâ' demek olmakla, muhrez olmayan hudâ-yı nâbit otlar ve cibal-i mübâhadaki ağaçlar ve mübâhu'l-intifâ' bulunmayan hamr-ı Müslim ve hınzır gibi şeyler ta'rîften hâric kalır. Şöyle ki bir kimse diğerin arsasında tesebbübü olmaksızın hudâ-yı nâbit otu ahzetse gâsıb ve zâmin olmaz. Zîrâ mezkûr ot, mübâhtır. (1257. maddeye bak.)

Nitekim bir kimse hamr-ı Müslimi ehz ettiğinde, mevcûd ise aynen redd edilmek lâzım ise de, itlâf ettiği takdirde zamân-ı bedel lâzım gelmez. Hatta araka-i hamr-ı müslim için kabı kırdığında, eğer kab kırılmaksızın arakası mümkün değil ise kabın dahi zamânı lâzım gelmez. Lakin bilâ kesri'z-zarf arakası mümkün ise İmam Muhammed'e göre kabın zamânı lâzım gelir. Fakat gayr-i müslimin hamrının itlâfı mûcib-i zamândır. Zîrâ Şerîat-ı İseviyye'de hamr mütekavvimdir. Hamr, evvelki şerâyi'de mütekavvim olduğu gibi bizim şeri'atımızın evâilinde dahi mütemavvim iken, sonra şer'-i şerîf, hamrın takavvümünü ifsâd ve ibtal eylemiştir. *(Tahtâvî)* Yâni muahharen ***"Ricsün min ameli'ş-şeytani fectenibûh"*** ayet-i celîlesiyle tahrîm edilmiştir. Bu sûretde gayr-i müslimin hamrını gayr-i müslim itlâf ederse mislinin i'tâsı lâzım gelir. Lakin Müslim itlâf ederse kıymetiyle mazmûn olur. Çünkü Müslim hamrı iştirâ ve temellük edemez ki, mislen verebilsin. *(Kifaye bi-tasarrufin)* (211. maddeye bak.)

Hınzırda dahi hüküm böyledir ki, Müslim'e nazaran mütekavvim değildir. *(Tahtâvî)*

5- Muhterem: Yâni bilâ-sebeb-i şer'î ahz etmek haram ve memnû' olan şey: Bununla mâl-i harbî hâric kalır. Şöyle ki asâkir-i İslâmiyye düşman askeriyle muhârebe ederken gālib gelip de memâlik-i meftûhada ele geçen emvâl, ganâim ve bunların ahzı câiz olmakla, ahz-ı mezkûr gasb olmaz. Zîrâ emvâl-i mezkûre muhterem değildir. *(İnâye ve Kuhistânî)*

6- Malı: Bununla mal olmayan şeyin ahzı hâric kalır. Ve bunun ahzı gasb olmaz. Buna müteferri' mesâil:

Evvelen: Hür olan benî Adem ve lâşeyi, yâni hatfe enfihi ölmüş hayvanı[2] ve bir buğday dânesini ve bir katre suyu ve bir avuç toprağı ahz, gasb olmaz. Ve bunların ahzı ta'rîften hâriç kalır.

Sâniyen: Bir kimse diğer kimesnenin cevizini veya yumurtasını kesredip de, dâhili fâsid olduğu anlaşılsa ol kimse üzerine nesne lâzım gelmez. Zîrâ zâhir olmuştur ki ol kimsenin istihlâk ettiği şey mal değildir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)* Nitekim bir kimse diğerin hîyn-i zebhde, tesmiye amden terk edilerek zebhedilen şâtı (koyunu) itlâf etse, zâmin olmaz. *(Hindiyye kubeyle'l-bâbi'r-râbi' mine'l-gasb)*

Sâlisen: Bir kimse hür olan bir kimesneyi gasb edip de mağsûb, emâkinin ihtilâfiyle muhtelif olmayan bir sebeble yed-i gāsıbda iken vefat ete, gāsıb üzerine zamân-ı diyet lâzım gelmez. Mağsub gerek sağîr olsun gerek kebîr olsun. Zîrâ zamân-ı gasb temlîki iktizâ eder. Hür ise temlîke salih değildir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlisi aşara mine'l-gasb)*

Nitekim itlâf edilen malda sıfat-ı gayr-i mütekavvime ve mahreme bulunur ise, nefs-i mal mazmûn ise de, o sıfat-ı mahreme gayr-i mazmûndur. Şöyle ki bir kimse diğerin kebş-i natûhunu yahut dîk-i (horoz) mukātilini gasb ve itlâf etse, nefs-i kebşi ve dîki zâmin olursa da natûh ve mukātil sıfatıyla zâmin olmaz. Zîrâ bu, bir sıfat-ı meşrû'a değil, mahreme ve gayr-i mütekavvimedir.

Kezâlik bir kimse diğerin suver-i temâsîl-i zevi'l-ervâh ile mesbûğ duvarını hedmetse, duvarın isbâğ-ı gayr-i musavvere ile masbûğ olarak kıymetini zâmin olur. Zîrâ evde bu gibi temâsîl menhiyyün-anhdir. Lâkin temâsîl-i mezkûrede ru'ûs yoğise o halda musavvere olarak kıymetini zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi' mine'l-gasb)*

Râbi'an: Mal ta'bîriyle menfa'at hâriç kalır. *(Tahtâvî)* Gasb-ı menfa'ate dâir mebâhis Kitab-ı İcarede beyân edilmiş idi. Lâkin Müslim, mevküze-i Mecûsi'yi gasb ve itlâf ettiğinde, kavl-i sahîhe göre zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara mine'l-gasb)*

Hâmisen: Bir kimse diğer kimesnenin bir buğday dânesini gasb etse, gāsıbdan bir şey taleb olunamayacağı gibi bir kimse diğerin yumurtasını yahut cevizi-

2 Lakin balık ve cerâd bundan müstesnadır. Bunlar mal-ı mütekavvimdir. Nitekim zebh makamında başına vurmakla öldürülen hayvan dahi bunun eklinin helal olduğunu itikad eden millete mensub kimesneden bilâ-izin alınsa gasb olur. (*Redd-i muhtar*).

ni kırıp da içi bozuk ve fâsid olarak bir şeye yaramadığı zâhir olsa, zamân lâzım gelmez. *(Hindiyye)*

Sâdisen: Müteaddid kimesneler bir adamdan birer buğday dânelerini gasbedip de, mağsub bir ölçek buğdaya baliğ olsa, mağsubün-minh cümlesini birden mahkemeye dâvetle da'vâ ederse tazmîn ettirebilir ise de, bunları münferiden mahkemeye davet birle ala hiddetin taleb ve da'vâ ederse zamân lâzım gelmez. Ve bu halde da'vâ mesmû' olmaz. (1630. maddeye bak.) *(Haniyye)*

Sâbi'an: Bir kimse, diğer kimesnenin arzından toprak aldığında, mezkûr toprağın ol mevzi'de kıymeti olmadığı gibi toprak alınmakla yer dahi müntekıs olmasa, ol kimse üzerine nesne lâzım gelmez. *(Haniyye fi'l-gasb)*

7- Alâ sebîli'l-cehr: Bu kayd ile sirkat, ta'rîf-i gasbdan hâriç kalır. Zîrâ gasbda cihâr ve sirkatde istisrâr mu'teber olmakla, kayd-ı mezkûrün ilâvesiyle sirkatin ta'rîf-i gasbdan ihrâcı lâzımdır. Çünkü sirkat, gasbın ağyârındandır. Görülmez mi ki mağsûb ba'de'l-helâk mazmûn iken ehad-i sirkati icab eden mikdar mesrûk telef olduğu sûretde zamân lâzım gelmez. İmdi ba'de'l-helâk mesrûk, gayr-i mazmûn amma mağsûb, mazmûn bulunduğundan, İbni Kemal'in dediği gibi, sirkatin ta'rîf-i gasbda dühûlü câiz değildir. Bu sûretde "alâ sebîli'l-cehr" kaydı lâbüdd bulunan bir kayd-ı zarûridir. *(Redd-i muhtâr ve Kuhistanî)*

8- Ahz: Lugaten hemzenin fethi ve hâ-i mu'cemenin sükûnü ile bir şeyi tahsîl ve kendi nefsine zamm etmek ma'nasına masdardır. Kâh tenâvül cihetiyle olur ki ondan Fârisî'de "sitaden" ve Türkî'de almak ile ta'bîr olunur. Ve kâh kahır ve galebe cihetiyle olur ki ondan Fârisî'de giriften ve Türkî'de tutmak ile mu'teber olunur.

Ahz, şer'an me'hûzün yed-i âhıza tâbi' olmasıyla yâni isbât-ı yed-i mubtıle ile olacağından, ahz yalnız menkûle munsarıf olur. Çünkü yed-i âhıza tâbi' olan ancak menkûl olabilir. *(Aynî)* Amma akārda gasb, mümkün olamaz. Binâenaleyh bu ta'rîf delâlet eder ki gasb, ancak menkûlde cereyan yâni gasb nakl ile tahakkuk eder. Bidûni'n-nakl gasb tahakkuk etmez. Çünkü akārda izâle-i yed-i muhıkka yoktur. Şu sebeble ki, bunun nakli, diğer mahalle götürülmesi gayr-i mümkündür. *(Kuhistânî)*

Bu cihetle bir kimse diğerin bir mekânda duran hayvanına bilâ-izin râkib olup, ol hayvanı bulunduğu mekândan sarf ve tahvîl ve tahrîk etmeden yine nâzil olarak onu ol mekânda terk ettikden sonra telef olsa zamân lâzım gelmez. Amma mezkûr hayvana râkib olurken telef olsa, 912. maddeye mebnî zamân lâzım gelir. Nitekim menkûlde tasarruf etse, tasarruf-ı mezkûr ile gasb tahakkuk eder. *(Redd-i muhtâr ve Haniyye ve Ebussuudi'l-Mısrî)*

Yine bu cihetle bir kimse diğer kimesnenin ferş eylediği bisâta bilâ-izni'l-mâlik câlis olsa, bunda izâle-i yed-i mâlik var ise de aynda olan bir fi'l ile değildir. *(Tahtavi)*

Gasb, akārda tahakkuk etmeyeceğine mebnî bazı fukahâ ta'rîf-i gasbdaki mal ta'bîrini kābil-i nakl-i mal ile takyîd eylemişler iken, kayd-ı mezkûrün *Mecel-*

le'de terk edilmesi bâlâda îzâh olunduğu üzre ahz lafzından müstefâd olacağına mebnidir. *(Tenvîr)*

Taksimü'l-ahz: Ahz, iki kısım olup kısm-ı evvel, ahz-ı hakīkīdir ki, mâl-i mağsûb mağsûbun-minh yedinden onun izni olmaksızın alınmakla olur. Kısm-ı Sânî, ahz-ı hükmîdir ki müstevda'ın vedî'ayı inkâr etmesi gibi. İmdi müstevda' vedî'ayı vakt-i ahzda sahibinin izniyle aldığı cihetle, zeman-ı inkâra değin yedinde vedî'a olarak kaldığı halde ondan sonra ol vedî'a, mağsûb ve hükmen mal sahibinin izni olmaksızın ahz edilmiş olur. Eğer müstevda' vakt-i inkârda bulunduğu mahalden başka malalle nakil ve tahvîl etmemiş ise. Amma ba'de'l-inkâr başka mahalle nakl ve tahvîl etmiş ise, ol vakit ahz-ı hakīkī olur. Yed-i mâlikde bulunmayan bir hayvanı isti'mâl etmek ve bir kimsenin eline vurarak, yedindeki kuşu uçurtmak yahut elindeki inciyi denize düşürmek dahi ahz-ı hükmî kabîlindendir. Ahz, ber-vech-i bâlâ hakīkī ve hükmî'ye tamim edilmesiyle 901. madde dahi şu ta'rîfte dâhil olur. *(Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)*

9- Mâlikin yed-i muhıkkasını izâle yahut kasr: İzâle-i yed-i muhıkka, mağsûb, mağsûbun-minhin elinden alındığı takdirde olduğu gibi kasr-ı yed-i muhıkka dahi mağsûb mal sahibinin müste'ciri veya mürtehini veya müstevda'ı yedinden alındığı sûretde olur. Zîrâ meselâ vedî'ayı gasb eden kimse, onda mâlikinin yedini izâle etmemiştir. Çünkü vedî'a mâlikinin yedinde değil idi. *(Fethu'l-kadîr)* Fakat kasr eylemiştir. Şu cihetle ki mağsûbun-minh onu meselâ müste'cirden almağa muktedir ve mütemekkin iken, gāsıbın gasbetmesiyle bu temekkün ve iktidar mağsûbun-minhden zail olmuştur.

Yed-i muhıkkayı izâle ba'zan hakīkaten olur. Mâl-i mağsûb mal sahibinin yedinden alınmak gibi; ba'zan dahi hükmen olur. Şöyle ki müstevda' veya müste'îr, yedindeki vedî'a veya âriyeti inkâr ettiğinde yed-i muhıkka hükmen izâle edilmiş olur. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'de izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıle zikrolunmaması "izni olmaksızın" ibâresinden müstefâd olduğuna mebnidir.

Gasbın rüknü: Rükn-i gasbda ihtilâf-ı müctehidîn vâki' olmuştur. İmam-ı A'zam'a göre izâle-i yed-i muhıkka, ma'a isbât yed-i mubtıledir. İmam Muhammed'e göre yalnız izâle-i yed-i muhıkkadır. Eimme-i Selâse'ye göre yalnız isbât-ı yed-i mubtıledir. Şimdi bunları îzâh edelim. Şöyle ki gasbda üç şey mülahâza olunabilir.

Birincisi: İzâle-i yed-i muhıkka ma'a isbât-ı yed-i mubtıle,

İkincisi: İzâle-i yed-i muhıkka bi-dûn-i isbât-ı yed-i mubtıle,

Üçüncüsü: İsbât-ı yedi mubtıle bi-dûn-i izâle-i yed-i muhıkkadır.

Bir ahzın gasb olması Şeyhayn'a göre ancak sûret-i ûlâdadır. Yâni bu kavle göre gasbın rüknü, izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıledir. Binâenaleyh gasbda iki şey lâzımdır.

Birincisi, ayn-ı mağsûbda vâki‘ olan bir fi‘l ile izâle-i yed-i muhıkka yâni bir mala bi-hakkın vaz‘ı-yed eden kimsenin yâni mal sahibinin yedinin o maldan izâlesidir.

İkincisi, isbât-ı yed-i mubtıle yâni bi-gayr-i hakkın, mezkûr mala vaz‘ı-yed etmekdir. Bir ahz ki onda hem izâle-i yed-i muhıkka hem de isbât-ı yed-i mubtıle buluna. Bu ahz, gasb olduğuna ve zamânı icab edeceğine ittifak-ı fukahâ vardır.

Meselâ bir kimse, diğerin hayvanına bilâ-izin râkib olarak bir tarafa gitse yahut yük yükletse, mezkûr hayvanı gasb etmiş olur. Nitekim bir kimse, diğeriyle müşterek hayvana bilâ-izni'l-müşârik râkib olsa, müşterekin hissesinde gāsıb ve zâmin olur. Zîrâ bunda izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıle vardır. *(Redd-i muhtâr)*

İzâle-i yed-i muhıkka, ber-îzâh bi'l-a‘yün mağsûbda vâki‘ bir fi‘l ile mâlikin mülkündeki tasarrufunun izâlesiyle olur. Bu kayd ile âtî'z-zikr yedi mes'ele ta‘rîf-i gasbdan hâriç kalır.

Evvelen: Gāsıbın sun‘u olmaksızın mağsûb ile birlikte olan mal, mağsûb olmaz. Şöyle ki gāsıb, meselâ bir kısrağı gasbedip de, yavrusu veya diğer dâbbe ol kısrağa tâbi‘ olarak tarîkde kurt yese, ***Mi‘râc*** ve ***Bezzâziyye'de*** mezkûr olduğu üzre tâbi‘in zamânı lâzım gelmez; gāsıb onu dahi eğer sevketmemiş ise. Zîrâ gāsıbın bunda sun‘u ve bir gûne fi‘li yoktur. Lâkin bazı fukahâya göre bunun da zamânı lâzım gelir. Zîrâ bu yavru ancak kısrağın sevkedilmesiyle sevk edilir. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye)*.

Sâniyen: Bir kimse mâlikini mevâşîsinden teb‘îd etse de mevâşi-i merkūme zâyi‘ olsa; gāsıb, mevaşi-i merkūmeyi zâmin olmaz. Zîrâ gāsıbın bunda fi‘l ve sun‘i yoktur. Ve bir de gāsıb, mevaşi-i merkūme üzerine yed-i mubtılesini isbât etmemiştir. *(Redd-i muhtâr)*

Sâlisen: 905. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre akār, ta‘rîf-i gasbdan haric kalır. Zîrâ mahalde fi‘l, îkā‘ edilmeksizin gasb olmaz. Akārda ise bu vechile fi‘lin îkā‘ı mutasavver değildir. Çünkü mâlikin akārdaki yedinin izâlesi, mâliki ondan ihrâc iledir; yoksa aynda olan fi‘l ile değildir. Ta‘bîr-i diğerle akārda izâle-i yed var ise de, bu izâle aynda olan bir fi‘l ile olmayıp, belki mâlikde bulunan bir fi‘l iledir. *(Hidâye fî gasbi'l-akār)*

Râbi‘an: Bir kimse diğer kimesneyi hânesine girmekten men‘ etmekle hânesi derûnunda bazı eşya sirkat olunsa, yahut o kimesneyi hapsetmekle bazı emvâli telef olsa, ol kimse üzerine bu eşya ve emvâlin zamânı lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr)*

Hâmisen: Bir kimse diğer kimesnenin dâbbesinin zahrına râkib olup fakat bulunduğu mevzi‘den tahvîl ve tahrîk ve rükûbdan bir gûne zarar terettüb etmeden diğer bir şahıs, mezkûr dâbbeyi akr ve zebh etse; zamân, âkır üzerine lâzım gelir. Yoksa râkib üzerine değil.

Sâdisen: Bir kimse, birinin ferş ettiği firâşında uyusa, yahut bast ettiği bisâtına calis olsa. gasb olmaz. Zîrâ gasb-ı menkūl nakl, ve tahvîl ile olur.

Sâbi'an: Müste'cir, arz-ı me'curda hâsıl olan ekinleri harman etmişiken mûcir, ecr-i müsemmayı almadıkça harmanları kaldırmaktan müste'ciri men' etmekle hınta bulunduğu yerde telef olsa, âcir zâmin olmaz. Zîrâ harmanı bulunduğu yerden nakletmiş değildir.

İkincisi, yâni izâle-i yed-i muhıkka bulunduğu halde, isbât-ı yed-i mubtıle mevcûd bulunmadığı takdirde Şeyhayn'a, göre bununla gasb tahakkuk etmez. Fakat İmam Muhammed'e göre yalnız izâle-i yed-i muhıkka yâni yalnız tefvît-i akārda yed-i mâlik dahi gasbda kâfî olup, bu izâle menkūlde olursa nakl ile olacağı gibi olduğunda istîla; izâle-i yed makamına ikāme olunur. *(Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)*

Dürr-i Müntekā'da bu kavil bi'l-ihtiyar zamân, vücûden ve ademen izâle ve kasr-ı yed üzerine deverân ettiği ve bunda yed-i udvânın sübûtu şart olmadığı beyân ve *Kuhistânî*'de dahi bu kavil tercih edilmiştir.

Bu cihetle bir kimsenin elinde saat bulunduğu halde diğer kimesne eline vurmakla saat denize düşüp zâyi' olsa zamân lâzım gelir. Halbuki o kimesne saatde yed-i mubtıleyi isbât etmemiştir. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'de bu iki mezhebden biri ihtiyar kılındığına dâir bir gûna işaret yoğise de fukahânın kelamlarından sarâhaten anlaşıldığına göre gasbda hem izâle-i yed-i muhıkka hem de isbât-ı yed-i mubtıle lâzımdır. *(Tahtâvî)* Fakat bu zemanda *Dürr-i Müntekā*'nın beyânı kabûl edilmek münasibdir.

Niseb-i Erba'a'dan fark: İzâle-i yed-i muhıkka ile "aynda vâki' olan fi'lden kat'ı'n-nazar" isbât-ı yed-i mubtıle arasında umûm ve husûs min vech vardır ki bunda, bir madde-i ictimâ' ile iki de madde-i iftirâk bulmak lâzımdır.

Madde-i ictimâ': Bir şeyin bilâ-izin yed-i mâlikdan cehren ahzda, hem izâle-i yed-i muhıkka hem de isbât-ı yed-i mubtıle bulunur.

İzâle-i yed-i muhıkkanın iftirâkı: 903. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre zevâid-i mağsûbda isbât-ı yed-i mubtıle bulunup amma izâle-i yed-i muhıkka bulunmaz. Meselâ mağsûb olan kısrağın yed-i gāsıbda hasıl olan yavru mağsûbun-minhden alınmadığı cihetle, onda izâle-i yed-i muhıkka bulunmadığı halde mağsûbun-minhin kısrağından mütevellid olmak mülâbesesiyle 1084. maddeye mebnî mağsûbun-minhin mülkü olmakla, ondaki gāsıbın vaz'ı yedi, isbât-ı yed-i mubtıle olur.

İsbât-ı yed-i mubtılerin iftirâkı: Teb'îd-i mâlikde izâle-i yed-i muhıkka bulunduğu halde isbât-ı yed-i mubtıle bulunmaz. Şöyle ki bir kimse, hayvan sahibini alıp hayvanından teb'îd ettiğinde ol kimse, hayvan sahibinin yed-i muhıkkasını mezkûr hayvandan izâle ettiyse de ol hayvana dokunmadığı cihetle yed-i mubtılesini onda isbet eylemedi. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Tevfîku'l-ihtilâf: Zâhidî gibi bazı fukahâ, şu ihtilâfın arasını tevfîk ederek demiştir ki gasb iki kısımdır.

Kısm-ı evvel: Zamân ve bedelin iadesini mûcib olan gasbdır. Bunda izzale-i yed, bi'l-ittifak şarttır.

Kısm-ı Sânî: Reddi müstelzim olan gasbdır. Bunda isbât-ı yed şarttır. Gasb-ı akār gibi. Gasb-ı akār, Şeyhayn'a göre zamânı mûcib olmayıp yalnız reddi müstelzimdir. *(Redd-i muhtâr ve Kuhistânî ve Tahtâvî)*

Gasbda mülâhaza olunan üç şeyden ikisi bâlâda îzâh olunmakla, şimdi üçüncüsünün teşrîhine nevbet gelmiştir. Yalnız isbât-ı yed-i mubtıle ile -yâni izâle-i yed-i muhıkka olmaksızın- Eimme-i Hânefiyye'ye göre gasb tahakkuk etmez. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Amma Eimme-i Selâse, yalnız isbât-ı yed-i mubtıleyi i'tibâr ve yalnız bununla gasb tahakkuk edeceğini ictihâd etmişlerdir. Buna göre, yed-i mâlikin izâlesi şart olmayıp yed-i udvânın isbâtı, tahakkuk-ı gasbda kâfîdir.

Semere-i ihtilâf: Semere-i ihtilâf, zevâid-i mağsûbda zâhir olur. *(Kifaye)* Şöyle 903. madde şerhinde îzâh olunacağı üzre zevâid-i mağsûb, yed-i gāsıbda bilâ-ta'add velâ taksîr telef olduğunda, Eimme-i Hânefiyye'ye göre zamân lâzım gelmez. Çünkü bunda izâle-i yed-i muhıkka yoktur. Meselâ mağsûb hayvanın yed-i gāsıbda hasıl olan veledi, ve mağsûb bostanın yed-i gāsıbda meydana gelen esmârı, şer'an mağsûb değildir. Zîrâ bunların üzerine yed-i mâlik sâbit olmadığından gāsıb bunlardan yed-i mâliki izâle etmemiştir. Amma Eimme-i Selâse'ye göre bunlar bilâ-ta'add telef olsa dahi mazmûn olur. Çünkü gāsıb bunların üzerine yed-i mubtıleyi isbât etmiştir. *(Netâyicü'l-efkâr ve Redd-i muhtâr)* Zevâid-i mezkûre ber-vech-i mezkûr mazmûn değilse de, ba'de't-taleb men' ve teslimden imtina' edildikten sonra telef olsa, bi'l-icmâ' zamân lâzım gelir. *(Tahtâvî)*

Nitekim, bir kimsenin bast ve ferş eylediği mindere bilâ-izin diğer kimesnenin oturması yahut yatıp uyuması, izâle-i yed-i muhıkka bulunmamak sebebiyle, Eimme-i Hânefiyye'ye göre gasb değildir. *(Tahtâvî)* Binâenaleyh, o kimesnenin fi'li ile olmayarak ol minder telef olsa, ona zamân lâzım gelmez. Çünkü bast, mal sahibinin fi'li olup isti'mâlde mal sahibinin eser-i fi'li mevcûd oldukça, mal sahibinin onda yedi bâkī olmakla mezkûr minder ahzedilmiş yâni ondan izâle-i yed-i muhıkka kılınmış olmaz. Amma Eimme-i Selâse, buna dahi gasb demişlerdir. *(Mecma'u'l-enhur ve Netâyicü'l-efkâr ve Hindiyye)*

Es'ile ve ecvibe: Ta'rîf-i gasb üzerine ber-vech-i âtî bazı sualler îrâd olunarak cevâb verilir.

Suâl-i Evvel: Bazı mevâzı' vardır ki izâle-i yed-i muhıkka mevcûd olmadığı halde zamân lâzım gelmekle ta'rîf-i gasb yâni illet-i zamânın izâle-i yed-i muhıkka olması müzîf olmuş olur. *(Aynî)* Mevâzı'-ı mezkûrenin bazıları ber-vech-i âtî zikrolunur. Şöyle ki:

Evvelen: Gāsıbü'l-gāsıbdır. Bu, yed-i muhıkkayı yâni yed-i mâliki izâle etmeyip, belki yed-i mâliki izâle edenin yedini izâle eylemiş iken 910. madde hükmünce zamân lâzım gelir.

Sâniyen: Mültekıt hîn-i ahz ve ref'inde işhâda muktedir iken, terk-i işhâd ettiğinde zamân lâzım gelir. Halbuki mültekıt, kimesnenin yedini izâle etmemiştir. (769. madde şerhine bak.)

Sâlisen: Tesebbüben itlâf edilen emvâlin zamânı lâzım gelir. Şöyle ki bir kimse hakk-ı hafrı bulunmayan bir yerde bir kuyu hafr etmekle, oraya birinin hayvanı düşerek telef olsa zamân lâzım gelir. Halbuki gāsıb, mezkûr hayvanı ahzetmemiştir ki gasb ola. (934. maddeye bak.)

Râbi'an: Bir kimse "ıcl"i "yavruyu" gasb ve istihlâk etmekle ümm'ünün lebeni kurusa, kıymet-i ıcl ile noksân-ı ümm'ün zamânı lâzım gelir. Halbuki gāsıb ümm'de bir fi'li îkā' etmemiş ise de veledin helâki ümm'de noksanı îcâb etti. *(Haniyye)*

Hâmisen: Bir kimse mefâzede diğerini katledip malıyla beraber orada terk ederek malı orada telef olsa kâtil üzerine malın dahi zamânı lâzım gelir. *(Tahtâvî)*[3]

Cevâb: Bu mes'elede lüzum-ı zamân, tahakkuk-ı gasbdan dolayı olmayıp belki vücud-ı ta'addîden nâşidir. Zîrâ gasb olmayan şey, hükümde gasba müsavi olursa, gasbda dâhil olur. Cuhûd-ı vedî'a gibi. Bunda ne ahz ne de nakil vardır. (901. maddeye bak.) *(Redd-i muhtâr)*

Hulâsa, şu ta'rîf ile mu'arref olan gasb, muttariden vela muhâleten yâni hiç tahallüf etmeksizin zamânı îcâb eder. Lâkin her zamânı îcâb eden fi'lin gasb olması iltizâm edilmiş değildir. Çünkü zamân, hükm-i nev'î olarak o zamânın her şahsı birer illet ile sâbit olur. şöyle ki zamân, gasb ile sâbit olacağı gibi ta'addi ve cinâyet ile de sâbit olur. Meselâ bir kimse diğerin atını gasb ederek yedinde telef olsa, ol kimse üzerine gasba mebnî zamân lâzım gelir. Ve bir kimse diğerin atını onun yedinde iken itlâf etse, itlâfından dolayı zamân lâzım gelir. Nitekim bir kimse yed-i gāsıbda olan mağsûbun zevâidini itlâf etse bi'l-ittifak zamân lâzım gelir. Halbuki mâlikin onda yedi sâbit değil idi; ta ki gāsıb onu izâle ede. *(Netâyicü'l-efkâr ve aynî)*

Suâl-i Sânî: Mâl-i vakf asla memlûk değil iken gasb ve itlâf olunduğunda zamân lâzım gelir. Halbuki ta'rîfte vâki' "malını" kaydıyla gasb-ı vakf hâriç kalmakla efradını câmi' olmaz.

Cevâb: İki vechiledir.

Vech-i evvel: Maldan maksûd hasran mâlikin mülkü olmayıp, belki ayn-ı mağsûb ile menfa'at-i mağsûba mâlik yahut ayn-ı mağsûbda tasarrufa muktedir ma'nâsınadır. Bu takdirde mâl-i vakfın gasbı dahi ta'rîfte dâhil olarak suâl-i mezkûr zail olur. *(Redd-i muhtâr)*

Vech-i Sânî: Vakıf dahi mülktür. Zîrâ İmam-ı A'zam'a göre vâkıfın mülkündedir. Amma İmameyn'e göre mülk-i vâkıf zail ve mülkü'llah olarak mahbus kalır. *(Fethu'l-kadîr)*

---

3 وافتى ظهير الدين انه لايضمن, هنديه فى الباب الرابع عشر.

Suâl-i sâlis: Rehn-i vedî'a ve âriyetde bazı cihetlerde ahkâm-ı gasb cereyan ettiği 728., 741., 777., 779. ve 787. maddeler ile şerhlerinde beyân edilmiş idi. Bu ahvâlde bunların ta'rîf-i mezkûrde dühulü mülâbesesiyle ağyârını mâni' olmaz.

Cevâb: Vedî'a ve rehn ve âriyet, ahvâl-i mezkûrede vedî'a ve rehn ve âriyet olmakdan çıkıp mağsûb olurlar. Binâenaleyh, bunlarla ta'rîf müntekız olmaz. (901. maddeye bak.) Nitekim şirâ-i fuzûli, kendisinde bulunan bir hususiyyet i'tibâriyle bey'de yâni 378. maddede mezkûr ise de bu da gasbdır. Şöyle ki meselâ bir kimse diğer kimesnenin malını şahs-ı ecnebîden fuzûlen iştirâ ve kabz etse ol kimse, şahs-ı merkūma nisbetle müşteri ve o kimesneye nisbetle gâsıb olur. *(Redd-i muhtâr)*

Suâl-i râbi': Müşterinin bi'l-ikrah mebîi alması sûretine ta'rîf-i mezkûr sâdık olacağından ağyârını mâni' olmaz.

Cevâb: Bu sûretde izin bulunup lâkin izn-i mezkûr bi'l-ikrahdır. Bu cihetle ta'rîfteki "izni olmaksızın" kaydıyla sûret-i mezkûre ta'rîften hâriç kalarak ağyârını mâni' olur.

Suâl-i hâmis: Şefî'in bi'ş-şuf'a kazâen mebî'ı ahz etmesi sûretine dahi ta'rîf-i mezkûr sadık olarak ağyârını mâni' olmaz.

Cevâb: Ta'rîfte vâki' maldan maksûd, mâl-i menkūldür. Şüf'a ise menkūlde cârî değildir. Binâenaleyh, mal ta'bîriyle bu suâl mündefi' olur. *Dürr-i Müntekā*'da buna cevâben denilmiştir ki müşteri, mebî'-i meşfû'a hakîkaten mâlik olmayıp, belki mâlik şefî'dir. Binâenaleyh ta'rîfteki "bir kimesnenin malını" ta'bîriyle sûret-i mezkûre ta'rîften hâriç kalarak ağyârını mâni' olmuş olur. İntehâ.

Bu cevâbda nazar vardır. Zîrâ 369. maddede musarrah olduğu üzre mülk, müşteri için tamam olup mezkûr mülk şefî'a, ya terâzî veya kazâ-i kādı ile intikāl eder. Şu halde "müşteri meşfû'a mâlik değildir" nasıl deniliyor. Lealle murâdı, "mülk-i müstekarr ile mâlik değildir." demektir.

Gasbın şartı: Mağsûbun mâl-i mütekavvim ve muhterem ve menkūl olmasından ibarettir. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-evvel)*

Gasbın mehâsini: Gasbın mehâsini, min haysü tertîbi'l-ahkâm olup, yoksa min haysü'l-ikdâm değildir. Cinâyât ve diyâtda olduğu gibi. Bu sûretde beyân-ı kitab-ı gasbdan maksûd, gasb üzerine müterettib olan hükmün tafsîlinden ibaret olup yoksa gasbda ibâha olmadığı cihetle hüsn ve tâat bulunmayacağı aşikârdır. *(Fethu'l-kadîr)*

882. MADDE

[**Kāimen kıymet, ebniye veya eşcârın bulundukları yerde durmak üzre kıymetleridir ki**] mezkûr ebniye veya eşcârın bulundukları [**arz bir kerre ebniye veya eşcâr ile beraber**] yâni mezkûr ebniye veya eşcârın yer üzerinde hakk-ı kararı olarak kāim oldukları halde [**ve bir kerre ebniye veya eşcârdan hâlî olarak takvîm olup iki kıymet beynindeki tefâdul**

ve tefâvüt ne ise ebniye veya eşcârın kāimen kıymeti demek olur.] ki bu tefâdul dâima arz, ebniye veya eşcâr ile beraber takvîm olunduğu sûretde bulunur.

Meselâ üzerinde bina bulunan arz, mezkûr bina üzerinde bulunduğu halde yâni ebniye ile beraber kıymeti sekiz bin guruş ve mezkûr bina üzerinde bulunmadığı halde kıymeti beş bin guruş olunca, üç bin guruş ol ebniyenin kāimen kıymeti olmuş olur. (920. maddeye bak.)

Bu ta'rîften anlaşılır ki kāimen kıymet, hem ebniyede hem de eşcârda kullanılır. Her ne kadar kütüb-i fıkhiyyede bir de nâbiten kıymet ta'bîri isti'mâl olunuyor ise de, ta'bîr-i mezkûr yalnız eşcâra mahsus olup, *Mecelle*'de isti'mâl edilmediğinden burada ta'rîf edilmemiştir. (Şu kitabın mukaddemesi şerhine bak.)

Bu maddede mezkûr olan kıymet, âtîdeki 884. ve 885. maddelerde beyân olunan kıymetlerden ekserdir.

Suâl: Kāimen kıymet ma'lûm olmak için yalnız ebniye ve eşcârın bulundukları yerde durmak üzre takvîm edilmek kifâyet eder iken *Mecelle*'de beyân edilen sûretle takvîmin sebebi nedir?

Cevâb: Ebniye ve eşcâr 226. ve 234. maddeler şerhinde îzâh olunduğu üzre evsâf kabîlinden olup, vasfın ise asâleten ve bizzat kıymeti olamaz.

883. MADDE

[**Mebniyyen kıymet, ebniyenin kāimen kıymeti demektir**] ki arz, bir kerre ebniye ile beraber ve bir kerre de ebniyeden hâlî olarak takvîm olunup iki kıymet beynindeki tefâdul ve tefâvüt ne ise mebniyyen kıymeti demek olur.

Kāimen kıymet, madde-i ânife şerhinde zikrolunduğu üzre hem ebniye hem de eşcârda isti'mâl olunduğu cihetle madde-i ânife ile şu madde müstağnî-anh olabilir. (905. ve 918. maddelere bak.)

884. MADDE

[**Maklû'an kıymet, ba'de'l-kal' ebniye enkāzının ve eşcâr-ı maklû'anın kıymetleridir.**] Enkāz, nun'un kesri yahut zammı ve kaf'ın sükûnü ile "nukz"un cem'idir. Nukz dahi bozulmuş ve yıkılmış nesneye denilir ki menkuz ma'nâsınadır.

Bu maddeden anlaşılır ki maklû'an kıymet ta'bîri hem ebniye hem de eşcârda isti'mâl olunur. *(Dürer ve Abdülhalîm)*

Mebniyyen kıymet ile maklûʻan kıymet beynindeki fark zâhirdir. Çünkü mebniyyen kıymet, maklûʻan kıymetden ücret-i bina miktarı ziyâde olur,

Maklûʻan kıymet. 882. maddedeki kıymetden ekall ve madde-i âtiyedeki kıymetden ekserdir.

885. MADDE

[**Müstahıkku'l-kalʻ olarak kıymet, maklûʻan kıymetden ücret-i kalʻ, lede't-tenzil bâkī olan kıymetdir**] ki müstahıkku'l-kalʻ olarak kıymet, maklûʻan kıymetinden kalʻıyye ücreti miktarı az olur. *(Hidâye)* Zîrâ me'ûnet ve ücret, maklûʻun emr-i kalʻında sarfedilmiş olup, yoksa kāim için değil. *(Kuhistânî)* Bu cihetle maklûʻun kıymeti kalʻ sebebiyle müstahıkku'l-kalʻın kıymetinden ücret-i kalʻ miktarı tezâyüd eylemiştir. *(Kifaye)* Müstahıkku'l-kalʻ kıymete, me'muren bi'l-kalʻ kıymet, dahi denilir.

Bu kıymet ber-vech-i âtî tayin olunur. Şöyle ki arz, bir kerre ebniye ve eşcârdan hâlî olarak ve bir kerre de ebniye ve eşcâr, müstahıkku'l-kalʻ farz ve iʻtibâr edilerek takvîm olunup iki kıymet beynindeki tefâdul ebniye ve eşcârın müstahıkku'l-kalʻ olmak üzre kıymeti olur. *(Tahtâvî)*

Meselâ arzın, ebniye ve eşcârdan hâlî olarak kıymeti yüz altın ve ebniye veya eşcârın müstahıkku'l-kalʻ farzıyla arz üzerinde kāim iʻtibâr edilerek kıymeti yüz elli altın olunca, tefâdul olan elli altın ebniye veya eşcârın müstahıkku'l-kalʻ iʻtibâriyle arzı üzerinde kāim olduğu halde kıymeti olmuş olur. *(Kuhistânî ve Kifâye)* Bu sûretde yalnız arsanın kıymeti yüz ve ebniye veya eşcâr-ı maklûʻanın kıymeti on ve ücret-i kalʻ bir altın olunca, arsa ile ebniye veya eşcârın müstahıkku'l-kalʻ olarak kıymeti yüz doksan altın olacağından, 906. maddede beyân olunduğu üzre gāsıb, mağsûb arzda ihdâs eylediği ebniye veya eşcârın kalʻı arza muzırr olunca, mağsûbun-minh onların müstahıkku'l-kalʻ olarak kıymetlerini iʻtâ ile onları zabtedeceğinden, bu misâlimizde arsa sahibi yalnız dokuz altını ebniye veya eşcârın bedeli olarak gāsıba zâmin olup bunları arsasında ibkā eder. *(Redd-i muhtâr)*

Mecelle'de 882. ve 883. maddeler ile evvelâ kesîrü'l-kıymet ,ve 884. madde ile Sâniyen mütevassıtü'l-kıymet, ve 885. madde ile de sâlisen kalîlü'l-kıymet taʻrîf ve beyân ve aʻlâdan ednâya nüzûl olunuyor.

886. MADDE

[**Noksan-ı arz, bir yerin kable'z-zirâat**] îcâr olunduğu takdirde [**değeri olan ücretle baʻde'z-zirâat**] îcâr olunduğu sûretde [**değeri olan ücret beynindeki fark ve tefâvüttür**] ki baʻde'z-zirâat arzın kuvve-i inbâtiyyesi ekseriyya tenâkus edeceğinden zirâat kılındıktan sonra ücreti kable'z-zirâat ücretinden az olur.

Meselâ 907. maddede beyân olunduğu üzre bir kimse âharın arsasını gasb ve zirâat ettikten sonra sahibi, arsasını istirdâd ve gāsıbın zirâatı sebebiyle arsaya noksan târî olduğu cihetle noksan-ı arzın tazmînini taleb ettiğinde, gasben zirâat edilmek sebebiyle müteretteb olan noksan-ı arzı bulmak için, gāsıbın zirâatinden evvelki ücretiyle zirâatden sonra ücreti ehl-i hibreye takdir ettirilir. Bu iki ücret arasında tefâvüt ve tefâdul bulunur yâni kable'z-zirâat değeri olan ücret, ziyâde ve ba'de'z-zirâat değeri olan ücret, ondan nâkıs olur ise iki ücret beynindeki fark ve tefâvüt, o arsanın noksan-ı arzı olur.

Meselâ kable'z-zirâat değeri olan ücret, üç yüz guruş ve ba'de'z-zirâat değeri olan ücret, iki yüz guruş olsa, işbu iki ücret beynindeki fark ve tefâvüt olan yüz guruş noksan-ı arz addedilir. *(Şürünbülâlî)*

Bu sûretde iki ücret beyninde fark ve tefâvüt yok yahut ba'de'z-zirâat değeri olan ücret, kable'z-zirâat değeri olan ücretden ziyâde ise noksan-ı arz da olmaz.

Meselâ gasben zirâat edilen arz-ı memlûke, tathîre muhtac olmakla, gāsıb zirâat ederken tathîr etmiş olmak gibi bir sebeble ba'de'z-zirâat ücreti hiç tenâkus etmemiş yahut tezayüd eylemiş bulunduğu takdirde noksan-ı arz hâsıl olmayacağından, gāsıb-ı zâri'a dahi noksan-ı arzın zamânı lâzım gelmez.

Noksan-ı arzın ber-vech-i mezkûr istîcâr ile takdiri, bazı fukahânın kavli olup, meşayih-i İslamiyye tarafından bu kavil ile iftâ edilmekle, *Mecelle*'de dahi şu kavil ihtiyâr edilmiştir. *(Feyziyye ve Netice)* Diğer bazı fukahânın kavline göre noksan-ı arz, şirâ ile takdir olunur. Şöyle ki noksan-ı arz, bir yerin kable'z-zirâat değeri olan kıymet ile ba'de'z-zirâat değeri olan kıymet beynindeki fark ve tefâvüttür. *Zeyla'î* gibi bazı fukahâ, "İ'tibâr, kıymet-i ayna olup yoksa bedel-i menfa'ate olmadığı cihetle, akyes olan bu kavl-i sânîdir." diyerek bunu tercih etmiş ise de, ânifen beyân olunduğu vechile meşâyih-i İslamiyye kavl-i evvel ile iftâ ettiklerinden *Mecelle* dahi onu ihtiyar eylemiştir. *(Ebussuud ve Haşiyetü'l-Kenz)*

887. MADDE

[**Mübaşereten itlâf, bir şeyi bizzat**] yâni mübâşirin fi'liyle telef-i mal arasında âharın fi'li tahallül etmeksizin [**telef etmektir ki**] ol şeyi bizzat telef [**eden kimseye fâil-i mübâşir denilir.**]

Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin bargirini vurup itlâf etse, mübâşereten itlâf etmiş olur. Nitekim bir kimse diğer kimesnenin hânesini ihrak eylemiş olsa ol kimse, mezkûr hâneyi mübâşereten itlâf etmiş olur.

Mübâşereten itlâfın diğer misâli madde-i âtiyede mezkûrdür.

888. MADDE

[**Tesebbüben itlâf, bir şeyin telefine sebeb olmaktır. Yâni bir şeyde diğer şeyin alâ cerâ'l-âde telefine mufzî**] ve müeddi [**olan bir iş ihdâs etmektir ki**] böyle işi ihdâs [**eden kimseye mütesebbib denilir.**] şöyle ki meselâ bir kimse, tarîk-ı âmmda bilâ-izni veliyyi'l-emr kazdığı kuyuya bir hayvan düşüp telef olsa ol kimse, mezkûr hayvanı tesebbüben itlâf etmiş olur. Zîrâ bir kimse bir şeyde yâni tarîk-ı âmmda diğer şeyin, yâni hayvanın alâ cerâ'l-âde telefine mufzî olan bir işi, yâni kuyu kazmağı ihdâs eylemiştir.

[**Nitekim bir mu'allak kandilin**] kandil, lafz-ı Arabî olup, kaf'ın ve dal'in kesriyledir [**ipini kesmek kandilin yere düşüp de kırılmasına**] alâ cerâ'l-âde [**sebeb-i mufzî olmakla, ipini kesen kimse, mübaşereten ipini telef etmiş ve tesebbüben kandili kırmış olur**] da ikisini dahi zâmin olur.

[**Kezâlik bir kimse bir tulumu şakkedip de içindeki yağ**]'a asla dokunmaksızın mezkûr yağ şu şakktan dolayı [**akıp telef olsa, ol kimse mübaşereten tulumu ve tesebbüben yağı itlâf etmiş**] olacağından ikisini dahi zâmin [**olur.**] Zîrâ tulum içindeki mâyiât, kendiliğinden durmayıp, onları tulum tutmakta olmakla tulumu yırtmakla bizzat ol yağın dökülmesi hasıl olur. Nitekim ol tulum içindeki şey câmid olup, binâenaleyh tulum şakk edilmesinden dolayı akmayıp belki ba'de'ş-şakk izâbe-i şems sebebiyle akıp telef olsa, *Haniye*'de beyân olunduğu üzre yine zamân lâzım gelir. Şu kadar var ki bir kimse tulumu şakk etmişiken, bundan dolayı yağ akmayıp da diğer kimesne onu tahrîk etmesinden naşi yağ akıp zâyi' olsa zamân, o kimesne üzerine lâzım gelir. (90. maddeye bak.)

Îzâhat-ı salifeden anlaşıldı ki, bir fi'ilde hem tesebbüb hem de mübâşeret bulunacağı gibi yalnız tesebbüb bulunup mübâşeret bulunmadığı dahi vardır. Nitekim madde-i ânife şerhinde zikrolunan misâlinde mezkûr olduğu üzre mübâşeret bulunup tesebbübün bulunmadığı dahi vardır. *(Redd-i muhtâr)*

889. MADDE

[**Takaddüm, mazarrat-ı melhûzanın**] yâni benî Âdemin nefsi hakkında vukū'u melhûz olan zararın [**def' ve izâlesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir.**]

Meselâ 928. maddede beyân olunduğu üzre komşusunun hânesine doğru meyl etmiş ve mâil-i inhidam bulunmuş olan duvarın yıkılmasından melhuz-ı mütevakki' olan mazarratın def' ve izâlesîçün hâne sahibi duvarın sahibine:

"Senin duvarın mâil-i ihhidamdır, yahut mahûftar, yahut mütesaddı'dır[4] onu hedmet yahut yık." demekle takaddüm hasıl olur. Yoksa "Duvarın mâil-i inhidam olmakla sana la-

4 Tasaddu': Yarılmak

yık olan onu yıkmaktır." demek gibi meşveret ve nasihata delâlet eden söz ile takaddüm hasıl olmaz.

Ancak, takaddüm mu'teber olmak için iki şart lâzımdır.

Şart-ı Evvel: Mazarrat, benî Adem'in nefsi hakkında yâni telef-i nefs-i insanı müstelzim ve müeddi olacak mazarrat olmalıdır. Amma nefs-i insanîye muzırr olmayıp da belki mücerred emvâle bâis-i zarar olabilecek husus için takaddüm, sahîh ve mu'teber değildir. Nitekim 929. madde şerhinde beyân olunur. Bu takaddümün tafsîlâtı 928. madde şerhinde gelir.

Şart-I Sânî: Mazarratın vukū'u, melhûz olmalıdır. *Mecelle*'de mazarrat-ı melhûza denilmesiyle buna işaret olunmuştur. Amma vukū'-ı mazarrat, melhûz değil ise o halde takaddüm sahîh olmaz. şöyle ki, sahîh ve salim olup mâil-i inhidâm olmayan duvar için takaddüm sahîh değildir. Çünkü bundan mazarrat, melhûz değildir. (928. madde şehine bak.)

Tarîk-ı âmm ve hâss: Bu kitabda 926. maddede tarîk-ı âmm dahi mevzû'-ı bahs olduğu cihetle burada tarîk-ı âmmın ta'rîfi iktizâ eder.

Tarîk-ı âmm: Kavm-i gayr-i mahsûrun geçmekte olduğu yoldur ki nâfiz ve gayr-i nâfiz olabilir. Amma tarîk-ı hâss, tarîk-ı memlûktür ki bu da nâfiz ve gayr-i nâfiz olabilir. ***(Redd-i muhtâr)***

ŞERH-İ KİTABÜ'L-GASB VE'L-İTLÂF

BÂB-I EVVEL

[Gasb hakkında olup üç faslı hâvîdir.]

FASL-I EVVEL

[**Gasbın ahkâmı**] ve erkânı ve şerâitı ve mehâsini [**beyânındadır.**]

Hükmü'l-gāsıb: Gasbın iki hükmü vardır.

Hükm-i evvel: Hükm-i dünyevîdir ki, üç şeyden ibaretdir.

Birincisi, bazı ahvalde redd-i aynın yâni ayn-ı mağsûbun, mağsûbun minhe redd ve ia'de edilmesinin ta'ayyünü ve ikincisi, diğer bazı husûsâtda zamân-ı bedelin ta'ayyünü ve üçüncüsü, başka bazı mesâilde mağsûbun-minhin aynen almakla bedelen talebde muhayyeriyetidir. Şöyle ki mâl-i mağsûbda dokuz hal vardır.

Hâl-i evvel: Mağsûbun yed-i gāsıbda ve mekân-ı gasbda aynen mevcûd olmasıdır. Bunun hükmü mağsûbun mekân-ı gasbda aynen reddinden ibâretdir. (890. maddeye bak.)

Hâl-i sânî: Mâl-i mağsûb, gāsıbın ta'addisiyle yahut bilâ-ta'add telef olmakdır. Bunun hükmü zamân-ı bedelden ibaretdir. (891. maddeye bak.)

Hâl-i sâlis: Mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda kendi kendine tagayyür etmiş olmaktır. Bunun hükmü dahi mağsûbun-minhin mağsûbu aynen istirdâd ile tazmîn-i bedelde muhayyer olmasından ibaretdir. (897. maddeye bak.)

Hâl-i râbi': Mağsûb, yed-i gāsıbda ismi değişecek sûretde tağyîr kılınmış olmaktır. Bunun hükmü dahi zamân-ı bedelden ibaretdir. (899. maddeye bak.)

Hâl-i hâmis: Gāsıb, kendi malından bir şey ziyâdesiyle mağsûbun bazı evsâfını tağyir eylemiş olmaktır. Bunun hükmü, mağsûbun-minh tarafından ol ziyâdenin kıymeti verilip mağsûbu aynen

istirdâd ile tazmîn-i bedelde muhayyer olmasından ibaretdir. Nitekim 898. maddede îzâh olunur.

Hâl-i sâdis: Mağsûb tağyîb edilmiş olmaktır. Bunun hükmü mağsûb bulununcaya kadar sabr ile bulunduğunda aynen istirdâd etmek yahut fi'l-hal bedelini almakda mağsûbun-minhin muhayyer olmasından ibaretdir. (891. madde şerhine bak.)

Hâl-i sâbi', mağsûb, gāsıb-ı âhar tarafından gasbedilmektir. Bunun hükmü dahi mağsûbun-minhin dilerse gāsıb-ı evvelden ve dilerse gāsıb-ı sânîden ve dilerse bir miktarını gāsıb-ı evvelden ve bir miktarını gāsıb-ı sânîden tazmîn ettirmekten ibaretdir. (910. maddeye bak.)

Hâl-i sâmin: Mağsûb, yed-i gāsıbda iken kıymetine noksan târî olmasıdır. Bunun hükmü dahi noksan-ı kıymet eğer tağayyür-i es'ârdan dolayı ise, gāsıbın bundan adem-i mesuliyyetiyle mal sahibine aynen iadeden ve noksan-ı mezkûr gāsıbın isti'mâlinden dolayı ise aynen redd ile beraber noksan-ı kıymetinin zamânından ibaretdir.

Hâl-i tâsi': Mağsûb, taraf-ı gāsıbdan âhara bey', rehin, îcâr, îdâ', hibe, sadaka ve i'âre ve teslim edilmek gibi bir vechile tasarruf edilmektir. Bunun hükmü mağsûbun-minh tarafından şerâit-i icâzet mevcûde ise, mûcîz olmaktan; değil ise aynen istirdâd eylemekten ve telef olmuş ise, tazmîn-i bedelden ibaretdir ki tafsîl-i ahkâmı 910. madde şerhinde beyân ulunur.

Hükm-i Sânî, hükm-i uhrevîdir ki, ahz ettiği mal, gayrin olduğunu bilerek almış ise ism (günah) ve istihkāk-ı nârdan ibaretdir. Çünkü gasb haram, ve hurmeti ayet-i celile ve hadis-i âlî ile sâbittir. Kāle'llahü Te'âlâ "***Lâ te'külû emvâleküm beyneküm bi'l-bâtıli***" (Nisâ 4/29) ve kāle aleyhissalâtü ve's-selâm "***Men ehaze şibren mine'l-arzı tavvakahü'llahü te'âlâ min seb'ı arazîn***" (*Hidâye ve Aynî ve Kuhistânî*). Ve haccetü'l-vedâ'da Mekke-i Mükerreme'de yevm-i nahırda şu hadis-i âlî îrâd buyrulmuştur. "***Fe inne dimâeküm ve emvâleküm aleyküm harâmün ke-hurmeti yevmiküm hâzâ fî şehriküm hâzâ fî belediküm hâzâ ila yevmi telkavne Rabbeküm, elâ hel bellağtü, kālû ne'am Allahümme'ş-hed***" el-hadîs. *Tahtâvî*.

Amma ahzettiği mal, gayr malı olduğuna vâkıf değil ise, kendi malı olduğu zanniyle almak yahut şirâ mine'l-fuzûli gibi, o halde âsim olmaz. Li kavlihi Te'âlâ "***Leyse aleyküm cünâhun fîmâ ehta'tüm bihî ve lâkin mâ te'ammedet kulûbüküm***" (Ahzâb 33/5) ve li kavlihi aleyhi's-selâm "***Rufia an ümmetî el-hataü ve'n-nisyânü.***" Ve'l-murâdü-el-me'semü. (*Kifâye ve Hidâye ve Dürr-i müntekâ*).

Rüknü'l-gasb: Gasbın rüknü dahi; inde'l-İmam, izâle-i yed-i muhıkka ma'a isbât-ı yed-i mubtıle, ve inde Muhammed, izâle-i yed-i muhıkka, ve inde'l-eimmeti's-selâle isbât-ı yed-i mubtıledir ki, tafsîlatı 881. madde şerhinde mürûr etmiştir.

Şartu'l-gasb: Gasbın şartı, mağsûbun mâl-i mütekavvim ve muhterem ve menkūl olmasından ibarettir. (881. madde şerhine bak.) (*Ebussuud ve Haşiyetü'l-Kenz*)

Mehâsinü'l-gasb: 881. madde şerhinde zikrolunduğu üzre gasbın mehâsini min haysü'l-ikdam olmayıp, belki min haysü tertibü'l-ahkâmdır.

890. MADDE

[**Mâl-i mağsûb,**] mekân-ı gasbda [**aynen**] yâni tağayyür-i fâhiş ile tağayyür etmeyerek [**mevcûd ise mekân-ı gasbda sahibine**] mûcib-i aslî olarak derhal [**redd ve teslimi lâzımdır.**]

Îzâhu'l-kuyūd:

1- Mâl-i mağsûb: Bu mal gerek mislî, gerek kıyemî, gerek menkūl, gerek akār olsun; ve gāsıb bu mal gayrin olduğunu gerek bilsin ve gerek bilmesin hükm-i madde olan lüzum, redd ve iaʻdede müsâvîdir.

Meselâ bu kimsenin diğer kimesneden onun zannıyla iştirâ ettiği mal, bi'l-istihkāk zabt edilse bunun müstahıkka iadesi lâzım gelir. Zîrar zarar izâle olunur.

2- Belde-i gasbda: Amma mağsûb, mekân ve belde-i gasbın gayrisinde bulunduğunda, bunun hükmü fıkra-i âtiyede beyân olunur.

3- Aynen mevcûd ise: Tağayyür-i fâhiş ile tağayyür etmemiş ve telef olmamış ise demektir. Amma tagayyür-i fâhiş ile tağayyür etmiş veya telef olmuş veya gāsıb onu itlâf eylemiş ise bunların hükümleri 891. ve 899. maddelerde mezkûrdür. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

4- Mekân-ı gasbda: Redd, mekân-ı gasbda olmak lâzım geldi. Zîrâ emâkinin ihtilâfiyle emvâlin kıymetleri muhtelif olur. Şöyle ki, meselâ muayyen koyunun İstanbul'da kıymeti başka ve Erzurum veya Diyarbakır'da kıymeti başkadır. *(Vâkıʻatü'l-Müftîn)*

Nitekim emâkinin ihtilâfiyle misil dahi muhtelif olur. *(Aynî)* Şöyle ki gāsıb, meselâ yiğirmi kile buğdayı İstanbul'da gasb ve Ankara'ya nakledip de orada mevcûd olmakla, mağsûbun-minhe Ankara'da aynen ol buğdayı al denilse, mutazarrır olur. Zîrâ orada satsa, İstanbul fiyatından ucuz gider; İstanbul'a nakletse, mesârif-i nakliyeyi vermek sûretiyle zarar-dîde olur.

5- Sahibine: Sahibine redd edilmek lâzım gelip, yoksa meselâ mağsûb dâbbeyi mâlikin ahırına redd ve iade etmesiyle gāsıb zamândan beri olmaz. *(Haniyye)* Sahibi, yâni mağsûbun-minh fevt olmuş ise, bi'l-cümle veresesine ve verese sığâr ise vasîlerine redd edilmek lâzım gelir. Zira verese mûrisleri makāmına kāimdir.

Fakat, gāsıb fi'l-i gasba nâdim olduğu halde redd ve iade etmek için mağsûbun-minhe zafer-yâb olamasa, ümid-i zafer munkatı' oluncaya kadar mâl-i mağsûbu imsâk ve muhâfaza eder. Ondan sonra dilerse -muahharan sahibi gelip de mûcîz olmadığı takdirde zâmin olmak şartıyla sevabı mağsûbun-minhe aid olmak üzre- fakīre tasadduk eder. *(Redd-i muhtâr)*

6- Mûcib-i aslî olarak: Gasbda mûcib-i asli bazı fukahâya göre redd-i ayn-ı mağsûb olup, amma redd-i bedel-i mağsûb mahlas, yâni mevzı-ı halastır. Zîrâ aynen redde, hem aynen hem de ma'nen ia'de bulunmakla a'del ve ekmel iken, redd-i bedel mahlas olmakla redd-i aynin te'azzürü halinde bu cihete gidilmek lâzım gelir.

Mûcib-i asli, redd-i ayn-i mağsûb olduğuna mesâil-i âtiye teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: Gāsıb, kable helâki'l-mağsûb redd-i ayn-ı mağsûb ile mutâleb olup, hatta mağsûbun mislini veya kıymetini verecek olsa iltifât olunmayacağı gibi, mağsûbun-minh onu aynen almayıp da bedelini istemeğe hakkı olamaz. Çünkü bedelen redd kāsır olup, zamân-i kāsır alsıdan halef olduğu cihetle, asıl muhtemel iken zamân-ı kāsır, meşrû' olmaz. *(Feyziyye ve Mecma'u'l-enhur)* Eğer mûcib-i aslî kıymet olsaydı gāsıb kıymetini vermeğe muktedir olunca redd-i ayndan imtinâ'da hakkı olması lâzım gelirdi. Zîrâ halefe masîr, asla adem-i kudret halindedir. Halbuki hüküm böyle diğildir. *(Ebussuud)*

Lâkin mağsûb, yed-i gāsıbda mevcûd iken, gāsıb ile mağsûbun minh bedel-i mu'ayyen mukābilinde temlîk ve temellüke razı olsalar sahîh ve mu'âmele mübâdele olur. *(Cevhere)*

Sâniyen: Gāsıb, mağsûbu min gayr-i ilmi'l-mâlik mağsûbun minhe redd ve cihet-i uhrâdan dolayı iade etse berî olur. Meselâ gāsıb mağsûb saatini mağsûbun-minhe hibe ve teslim etse de, mağsûbun-minh ol saat kendisinden gasbedilmiş malı olduğunu gāsıb bilmeyerek kabûl ve tesellüm etse berî olur. Nitekim mağsûb, taamı mağsûbun-minhe it'am etse de mağsûbun-minh dahi ol taam kendisinden gasbedilmiş olduğunu bilmeyerek ekl etse veya gāsıb, mağsûb elbiseyi mağsûbun-minhe ilbas etse berî olur. *(Dürr-i Müntekâ ve Mecma'u'l-enhur)* Eğer mûcib-i aslî redd-i ayn olmasaydı, mağsûbun-minh vâkıf değil iken vâki' olan redd ile gāsıbın berî olmaması lâzım gelirdi. Kabz-ı bedelde olduğu gibi.

Sâlisen: Gāsıb, mağsûbun helâkini iddiâ ile 891. maddeye mebnî bedelini i'ta edeceğini der-meyân ettiğinde, mağsûbun-minh, helâki tasdik yahut gāsıb, helâk-i mağsûbu isbât edince mağsûbun-minhin hakkı bedele intikāl eder ise de, helakü'l-mağsûb isbât edilemediği gibi, mağsûbun-minh mâl-i mağsûb mevcûd olduğunu iddiâ ile bedeline razı olmayıp aynını taleb ettiğinde, hâkim dilerse hükm-i

bedelde ta'cil etmeyip "Mâl-i mağsûb, yed-i gāsıbda aynen mevcûd olsaydı gāsıb onu izhar eylerdi." diye ilim hasıl oluncaya kadar gāsıbı habs eyler müddet-i habs re'y-i hâkime müfevvaz olup, bunun için bir hadd-i ma'lûm yoktur. Medyûnun berâ-yı deyn habsinde olduğu gibi. *(Tahtâvî)*

Ber-vech-i mezkûr habsin sebebi şudur. Gasbda mûcib-i aslî reddü'l-ayn ve asıl ise bekāü'l-ayn iken, gāsıb emr-i ârızı ve hilaf-ı zâhiri yâni helâki iddiâ ederek mağsûbun-minhin ayn-ı mağsûbda olan hakkını bi'l-iskāt bedele tebdil etmek arzusunda bulunduğundan, helâkde kavli kabûl edilmez. İmdi hâkim, gāsıbı bu kadar müddet habsettikten sonra, gāsıb üzerine bedel-i mağsûb ile hükmedeceği gibi mağsûbun-minh bedele razı olunca, bilâ habs dahi bedel ile hükmetmesi lâzım gelir. Nitekim mağsûbun-minh, bedele razı olmasa dahi hâkimin bilâ habsi'l-gāsıb bedel-i mağsûb ile hükmetmekte hakkı vardır. (Madde-i âtiye şerhine bak.) *(Redd-i muhtâr ve Cevhere)*.

Ve diğer bazı fukahâya göre mûcib-i asli bedel yâni misil veya kıymet olup, amma redd-i ayn muhlastır. Bu fukahânın kavline dahi bazı mesâil teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen, ayn-ı mağsûb yed-i gāsıbda kāim iken mağsûbun-minh gāsıbı ibrâ yahut mağsûbun-minh mâl-i mağsûbu gāsıba helal etse, zamândan ibrâ veya tahlîl olarak sahîh olur. Bu ibrâ ve tahlil sebebiyle mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda emanet olmağa münkalib olacağından bundan sonra mağsûb, yed-i gāsıbda bilâ-ta'add velâ taksir telef olsa gāsıba zamân lâzım gelmez. Vacib-i aslî kıymet olmasaydı, ayndan ibrâ sahîh olmadığından bunun dahi sahîh olmaması iktizâ ederdi. *(Sadi Çelebi ale'l-inâye ve Bezzâziyye ve Tahtâvî ve Haniye)*.

Sâniyen, mâl-i mağsûba kefalet sahîh olur. Mûcib-i aslî bedel olmasaydı, kefalet-bi'l-ayn olması lâzım gelirdi ki sahîh değildir.

Sâlisen, mâl-i mağsûba mukābil rehin verilmek sahîh olur. Eğer mûcib-i aslî redd-i ayn olup kıymet olmasaydı rehin bi'l-ayn olması lâzım gelirdi ki sahîh değildir. *(Cevhere)*.

Râbi'an, yed-i gāsıbda nisab-ı zekât mal mevcûd ise de, gāsıb nezdinde bulunan şu mâl-i mağsûb sebebiyle nisab-ı zekât tenâkus edecek olsa, gāsıba zekât lâzım gelmez. *(Sadi ve İnâye)*. Eğer mûcib-i aslî bedel olmasaydı nisab-ı zekatın tenâkus etmemesi lâzım gelirdi.

Mârru'z-zikr, iki kavilden kavl-i sânî-i mezkûr cidden zaif ve sahîh olan kavl-i evvel olup, *Minah*'in zâhiri dahi kavl-i evvelin tercihine dâirdir. Ve şu ibrâ ve kefalet ve rehin ve zekat mes'elelerine cevâben denilir ki vücûda ma'ruz olan şey için fi'l-hal vücud şüphesi bulunup gasbda kıymet ve bedel dahi böyledir. *(Ebussuud ve Fethu'l-Kadîr)*.

7- Derhal: Meselâ gāsıb, mağsûb arz üzerinde ekin ekmiş ve mezruât idrâke takarrub eylemiş olduğunda, mağsûbun-minhin vakt-i idrâke kadar intizar etmesi lâzım gelmez. Gāsıb derhal ekini kal' ederek, mağsûb arzı mağsûbun-minhe redd etmeğe mecbur olur. Bunda "526" madde hükmüne mümâsil hüküm cereyân eylemez. Mezkûr madde şerhine bak. Nitekim gāsıb, mağsûb arzda ağaçlar gars ettikden sonra, mağsûbun-minh vakt-i sayfda muhâsama ederek kal' ettirmek istediğinde, gāsıb "vakt-i rebî'a kadar dursun da, sonra diğer mevzia nakil ve gars ederim." diyecek olsa, bilâ rıza'l-mâlik müsâade edilmez.

Fakat bundan yâni redd-i mağsûbun derhal olmasından üç mes'ele müstesnâdır.

1. Mes'ele: Gāsıb, bir kayığı gasbedip mağsûbun-minh, gāsıba vasat-ı bahrda yetişse gāsıbdan derhal istirdâd edemeyip sâhile çıkıncaya kadar gāsıba îcâr olunur.

2. Mes'ele: Gāsıb, bir dâbbeyi gasb ve firar etmekle mağsûbun-minh gāsıba mefâzede yetişse, derhal istirdâd edemeyip mahall-i me'mene kadar gāsıba îcâr olunur. *(Haniyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

3. Mes'ele: Gāsıb bir tulumu gasbedip içine zeytin yağını vaz' ile gitmekte iken mağsûbun-minh ona yolda yetişse, zeytin yağını boşaltabilecek kap tedârik edinceye kadar istirdâd olunamayıp gāsıba îcâr olunur. (838. madde şerhine bak.)

8- Redd ve teslimi lâzımdır: Lüzûm-ı redd, delil-i şer'î ve aklî ile isbât olunur. Şöyle ki Resûl-i Ekrem (s.a.s.) "***Ale'l-yedi mâ ehazet hattâ terüdde***" Yâni sâhibü'l-yed üzerine me'huzünü mevcûd ise aynen, ve müstehlek ise bedelen redd ve sâhib-i mala iade etmesi lâzım gelir. *(Zeyla'î ve İnaye ve Ebussuud)*

Delil-i aklî dahi ber-vech-i âtî îrâd olunur. Şöyle ki: Gāsıb, mağsûbu gasbetmesiyle, mağsûbun-minhin yedini tefvît ve elini izâle eylemiş olup halbuki yed dahi maksûdadır. Şu cihetle ki mâlik, yed ile mülkünün semerâtını tahsîle tevassul eder ki, semerât-ı mülk, onunla intifâ'dır. *(Zeyla'î)* (97. maddeye ve şerhine bak.) Yâni meselâ inek gasbedilse, mal sâhibinin yedi izâle edilmiş ve süt ve yavrudan mahrumiyyeti müstelzim olmuş olur. Bu cihetle mağsûbun-minhden zararı def' için gāsıb üzerine fi'l-i gasbının feshi lâzım gelir. Hatta bir kimse, medyûnundan bir bargiri gasb etse, medyûnuna hemen redd etmesi lâzım gelir; yoksa "Eda-yı deyn etmeden vermem." veya "Rehin olmak üzre habsedeceğim." diye iâdeden imtinâ' edemez. *(Netice)*

Mâl-i mağsûbun aynının ber-vech-i meşrûh redd edilmesine Usûliyyûn "Vasf-ı meşrû' ile mevsûf edâ-i kâmil." derler. Zîrâ redd-i ayn, bi-hasebi'l-hakīkat teslîm-i ayn-ı vâcibden ibâretdir. *(Şerhu'l-Mecma')*

Gāsıb, mağsûb, malü'l-gayr olduğuna gerek vâkıf olsun, gerek me'huz kendi malı bulunduğu zannında bulunmak gibi vâkıf olmasın redd ve teslîm lâzımdır. Zîrâ hak, abdin olunca kasda tevakkuf eylemez. Çünkü zamân-ı udvân hakk-ı abdin tefvîtinden nâşi olup, hakk-ı abd ise mer'îdir. *(Hidâye ve Kifâye)* (2. madde şerhine bak.)

Hulâsa, mağsûb menkūl olur ise, mağsûbun-minhe reddi lâzım geleceği gibi, akār olduğu takdirde dahi reddi lâzım gelir. Ber-vech-i muharrer redd ve iâde edildiği takdirde gāsıb berî olacağı 892. maddede mezkûrdür. *(Mecma'u'l-enhur)*

Redd ve teslîm ta'bîri "Ayn-ı mağsûba ma'tûf ve ayn-ı mağsûbun redd ve teslîmi lâzım gelir." demektir ki, bu ta'bîr ile redd-i bedel-i menâfi'den ihtiraz olunuyor. Şöyle ki gāsıbın ba'de'l-kabz isti'mâl eylediği malı aynen sâhibine redd ve iâde ettiğinde, kullandığı müddetin ücretini mağsûbun-minhe vermesi lâzım gelmez. Meğer ki mağsûb, mâl-i vakıf veya mâl-i yetim veya mu'addün-li'l-istiğlal ola. *(Ankaravî)* (596. maddeye bak.) Nitekim gāsıb, mağsûbu âhara bi'l-îcâr ücretini ahz etse, ücret-i me'huzeyi mağsûbun-minhe vermesi kazâen lâzım gelmez. (447. maddeye ve şerhine bak.)

Hîn-i redd ve iâdede gāsıb ile mağsûbun-minhin ihtilâfları:

Mâl-i mağsûbun mâlikine redd ve teslîmi sırasında mâlik, yâni mağsûbun-minh, "Mağsûb mal bu değildir başka idi." ve gāsıb "Budur." diye ihtilâf ettiklerinde, söz kābız olan gāsıbındır. Zîrâ kā'idedir ki kābız gerek zamîn olsun, gāsıb gibi; gerek emîn olsun müstevda' gibi; söz ma'a'l-yemin kābızındır. (186. madde şerhine bakınız.) Meselâ gāsıb bir top kumaşı gasbettikden sonra mağsbun-minhe bir top Şam kumaşı getirip de, "Senden gasb ettiğim bu kumaş idi." ve mağsûbun-minh "Bu değil idi, bir top Hind kumaşı idi." diye ihtilâf ettiklerinde gāsıb, "Gasbettiğim şu kumaş olup, Hind kumaşını gasbetmedim." diye yemin ettiğinde söz gāsıbın olur. Amma gāsıb, sûret-i mezkûre vechile yeminden nükûl ederse gasbettiği Hind kumaşı olduğu sâbit olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')* Nitekim mağsûbun sıfatında ihtilâf etseler, söz ma'a'l-yemin gāsıbındır. Şöyle ki gāsıb ve mağsûbun-minh mâl-i mağsûb şu mal olduğunde ittifak edip fakat gāsıb, "Bu malı şu halde iken gasbettim." ve mağsûbun-minh "Cedîd iken gasbettin." diye ihtilâf ve ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde, mağsûbun-minhin beyyinesi tercih olunur. Amma hiçbirisi ikāme-i beyyine edemediği takdirde ınde'l-İmameyn söz mâlikin olup, gāsıb noksan kıymeti zâmin olur ise de ınde'l-İmam söz ma'a'l-yemin gāsıbındır. Gāsıb yemin etmekle mağsûbun-minh, mâl-i mağsûbu gayr-i cedîd olduğu halde gasbettikden sonra şuhuda dest-res olmakla, mağsûbun-minh cedîd iken gasbettiğini isbât ettiğinde, noksan yesîr ise, gāsıba yalnız noksan kıymetini tazmîn ettirir amma noksan, fâhiş ise, mağsûbun-minh, 900. madde vechile muhayyer olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi' ve Ankaravî)*

Bade'l-iâde veya kable'l-iâde telefü'l-mağsûbda ihtilâfları:

Gāsıb, mağsûbu redd ettikden sonra, yed-i mağsûbun-minhde helâk olduğunu da'vâ ve mağsûbun-minh, ınde'l-gāsıb helâk olduğunu iddiâ ve ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde, ınde Ebi Yusuf mâlikin beyyinesi tercih olunur. Meselâ gāsıb, mağsûb dâbbeyi mâlikine redd ve iâde ettikden sonra yed-i mâliğinde telef olduğunu; ve mâlik, nezd-i gāsıbda iken rükûb-ı gāsıbdan nâşi telef olduğunu iddiâ ve ikāme-i beyyine ettiklerinde, mâlikin beyyinesi tercih olunarak, gāsıb üzerine zamân-ı kıymet lâzım gelir. Nitekim mağsûb, hâne olup da, sâhibi hâneyi gāsıbın hedm ettiğine ve gāsıb, sağlam olarak redd eylediğine ikāme-i beyyine ettiklerinde, sâhib-i dârın beyinesi tercih olunur.

Kezâlik mağsûb dâbbe sâhibinin şahidleri, gāsıbın mezkûr dâbbeyi katlettiğine ve gāsıbın şahidleri, dâbbeyi gāsıb, sahîh ve sâlim olarak mâlikine iâde ve redd eylediğine şahâdet ettiklerinde, sâhib-i dâbbenin beyyinesi tercih olunur.[1]

Lâkin ınde Muhammed gāsıbın beyyinesi tercih olunur. Zîrâ beyyine ârız olan reddi isbât etmekte olup, beyyine ise isbât içindir. *(Mecma'u'l-enhur ve Tahtâvî ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

Mağsûb-ı menkūl ile akārın ittihad ve ihtilâf ettikleri ahkâm:

Mağsûb, iki nev'dir. Nev-i evvel: Menkūldür ki, bu maddede beyân olunuyor. Nev-i Sânî: Akārdır. Değirmen ve dükkân ve hâne gibi. Bunun hükmü fasl-ı Sânî-i âtîde beyân olunuyor. Bu iki nev' mağsûb, bir hükümde müttehiddirler ki o da aynen mevcûd olduğu sûretde, sâhibine redd olunmasının ve ta'addi veya taksîr ile telef veya istihlâk veya kıymetine noksan îrâs edildiği sûretde zamânın lüzûmudur. Şöyle ki bir kimse diğer kimesnenin atını gasb ettiğinde yedinde mevcûd olunca sâhibine redd ve iâde etmesi lâzım geleceği gibi onun değirmenini veya dükkânını veya duvarını gasb etse, aynen mevcûd olduğunda sâhibine redd ve iâdesi lâzım gelir. Nitekim gāsıb ol atı katl ederek istihlâk ettiğinde zâmin olacağı gibi, ol değirmeni veya dükkânı veya hâneyi veya duvarı hedm etse 918. madde vechile zâmin olur.

Ve bu iki nev' mağsûb, diğer bir hükümde iftirâk ederler. Şöyle ki mağsûb-ı menkūl bilâ-ta'add velâ taksîr âfet-i semâviyye ile yed-i gāsıbda telef olsa, yâni meselâ mağsûb hayvanı gāsıb, merâya salıverip de orada sel alıp götürse 891. madde hükmünce gāsıb onu zâmin olur. Amma mağsûb akār, yed-i gāsıbda bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa yâni meselâ değirmen, zelzele ve fırtına gibi âfet-i semâviyye ile münhedim olsa yahut sel gelip binayı götürse, İmam-ı A'zam ve Muhammed'e göre zamân lâzım gelmez. Nitekim, fasl-ı Sânî-i âtîde izâh olunur. *(Bezzâziyye)*

[**Ve**] mal [**sâhibi**] mâl-i mağsûbun ahz ve gasbedildiği beldeden [**başka beldede gāsıba tesadüf edip de, mâl-i mağsûb dahi yanında olduğu**] ve evvelen, me'ûnet-i redd ve mesâ-

1 لان القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها اولى لانها تثبت سببا حادثا للضمان.

rif-ı hammaliyeye muhtac bulunduğu ve sâniyen, mâl-i mağsûbun belde-i uhrâdaki kıymeti belde-i gasbdaki kıymetinden ekall olmadığı [**halde**] yâni bu iki şartla [**sâhibi**] iki vechile muhayerdir. [**Dilerse malını orada istirdâd eyler.**] Zîrâ mekân-ı gasbda lüzûm-ı teslîm, hasran mağsûbun-minhin hakkından dolayı olduğu cihetle, mağsûbun-minh bu hakkını iskāt edebilir. Ve dilerse mekân-ı gasbda teslîmini ister [**eğer**] bu vechile [**mekân-ı gasbda teslîmini ister ise, me'ûnet-i redd ve mesârif-i nakliyesi gāsıb üzerinedir.**] Çünkü 794. madde şerhinde izâh olunduğu üzre bir malın kabzı, kimin menfa'ati için ise o malın redd ve iâdesi dahi ona aid olur. *(Ankaravî)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Me'ûnet-i redd ve mesârif-i hammâliyesi bulunduğu halde: Amma mâl-i mağsûbun me'ûnet-i redd ve mesârif-i hammâliyesi olmadığı takdirde -mâl-i mağsûb on altın yahut beş mecidiye olmak gibi- mağsûbun-minh onu belde-i uhrâda taleb ettiğindegāsıb onu aynen i'tâya mecbur olduğu gibi gāsıb onu aynen mağsûbun-minhe belde-i mezkûrede redd etmek istediğinde mağsûbun-minh, kabûle mecbur olup, kıymetini yahut -mesârif-i hammâliyesi olmadığından- mekân-ı gasbda teslîmini taleb edemez. Yâni bu bâbdaki mecbûriyyet iki taraflı olarak, belde-i gasb ile belde-i uhrâda bunların si'r ve kıymetleri muhtelif olmakla mal sâhibi bunların kıymetlerini taleb edemez. *(Bezzâziyye)*

Meselâ belde-i gasbda altın, yüz sekiz, ve belde-i uhrâda yüz guruşa rayiç olsa, mağsûbun-minh, gāsıbdan "Beyde-i uhrâda beher altın için yüz sekiz guruş vereceksin." diye fazla mutâlebâtta bulunamaz.

2- Belde-i gasbdaki kıymetinden ekall olmadığı halde: Bunun tafsîli şudur. Mağsûb, hayvânât ve elli kile arpa -on bin altın ki elli kıyyeden ziyâde eder, yahut beş bin sîm mecidiye ki doksan kıyyeden fazla eder, bunda hüküm nasıldır?- olmak gibi mağsûb, me'ûnet-i redd ve mesârif-i hammâliyeye mevkūf mal olunca bunda üç ihtimal vardır.

İhtimal-i Evvel: Mâl-i mağsûbun iki beldede yâni belde-i gasb ile belde-i telâkīdeki kıymeti müsâvi olmaktır.

İhtimal-i Sânî: Mâl-i mağsûbun belde-i uhrâdaki kıymeti, belde-i gasbadaki kıymetinden ziyâde olmaktır.

Bu iki ihtimalde, mağsûbun-minh yalnız iki sûretle muhayyer olur. Sûret-i ûlâ, dilerse belde-i telâkīde onu aynen alır. Zîrâ belde-i gasbda tesellüm hakkı mağsûbun-minhe aid olmakla, onu iskāt edebilir.

Sûret-i sâniye, dilerse mekân-ı gasbda teslîmini ister ki, esna-yı şerhde zikrolunduğu üzre *Mecelle* bu iki sûreti beyân ediyor. Yoksa belde-i gasbda ve zeman-ı gasbda bulunan kıymetini taleb edemez. *(Kâsım bin Kutlubuğâ ma'a izâh ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî minae'l-gasb)*

İhtimal-i sâlis: Mâl-i mağsûbun belde-i uhrâdaki kıymeti, belde-i gasbdaki kıymetinden ekall olmaktır. Meselâ bir kimse diğer kimesneden Küfe'de devâbbı gasb ve Horasan'da ona redd etmek istediğinde, onların Horasan'da kıymetleri Küfe'deki kıymetlerinden ekall ise, bu takdirde mağsûbun-minh üç sûretle muhayyerdir.

Birincisi, dilerse orada yâni belde-i uhrâda onu aynen alır. Bu sûretde noksan-ı kıymeti tazmîn ettiremez.

İkincisi, dilerse mekân-ı gasbda teslîmini ister ki bu takdirde me'ûnet-i redd ve mesârif-i nakliye, gāsıb üzerinedir.

Üçüncüsü, dilerse onu yâni mislî veya kiyemî olan mâl-i mağsûbu gāsıba terk ederek, mağsûb mislî ise belde-i gasbda yevm-i husûmetde olan kıymetini, ve mağsûb kıyemî ise belde-i gasbda vakt-i gasbda olan kıymetini orada yâni belde-i uhrâda alır. *(Abdülhalîm)* Zîrâ noksan-ı kıymet; gāsıb cihetinden hasıl olmuştur ki, o da şu belde-i uhrâya nakl etmiş olmasıdır. Binâenaleyh, mağsûbun-minh, zararı kabûl etmeyip kıymetini taleb edebilir.[2]

Bu tafsîlatdan anlaşılır ki mâl-i mağsûb, mislî veya kıyemî aynen mevcûd olduğu halde dahi bazı sûretlerde hâkim, kıymetiyle hükmedebilir. Fakat *Mecelle*'nin beyânı bu üçüncü sûrete şâmil değildir. *(Kuhistanî ve Abdülhalîm ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî mine'l-gasb)*

891. MADDE

[**Mâl-i mağsûbu gasıb istihlâk ettikde**] gāsıbın, mağsûbun-minhe veya veresesine [**zâmin olması lâzım geldiği gibi gerek onun ta'addîsiyle ve gerek bilâ-ta'add**] velâ taksîr [**telef veya zâyi'**] yahut kıymetine noksan târî [**olduğu takdirde dahi**] gāsıb dehal [**zâmin olur.**] Zîrâ mağsûb, mevcûd ise aynen ve müstehlek ise bedelen redd ma'nâsına olarak, gāsıb üzerine mücerred gasb ile mazmûn olmakla, mağsûbun helâki gāsıbın fi'liyle olup olmaması sebebiyle hükm-i gasb ihtilâf etmez. İllet-i zamânın mücerred gasb olmasına delil dahi vakt-i gasbdaki kıymetin lüzûmudur. *(Aynî)* Şunu bir misâl ile izâh edelim.

---

2 لانه عجز عن اخذ حقه بكماله فصار كما لو خرق الغاصب الثوب المغصوب, خاشية شرح المجمع لقاسم بن قتلوبغا.

Gāsıb, mağsûb atı kemal-i i'tinâ ile bi'l-muhâfaza beslemekte iken hatfe enfihî yâni âfet-i semâviyye ile telef olsa, yevm-i gasbdaki kıymetini zâmin olur. Ve bu vechile hatfe enfihî telef, gāsıbın fi'li olmayıp vedî'a ve âriyet gibi emvâlde zamânı gayr-i mûcib ise de, gasb-ı sabık, kendisinin fi'li bulunmakla telefi cihetiyle ayn-ı mağsûbun redden aczi mülâbesesiyle, uhdesine zamân terettüb eder. *(Feyziyye)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- İstihlak: İstihlak iki türlü olur. Birincisi, istihlâk min küll-i vechindir ki, mağsûbun cemî' menfa'atini itlâftan ibâretdir. *(Tahtâvî)* Bu maddede mevzû'bahs olan bu istihlâkdir. Mağsûb koyunu ba'de'z-zebh ve't-tabh ekl etmek yahut mağsûb elbiseyi yakmak gibi. Bu halde koyundan maksûd olan derr ve nesil ve lahmiyyet gibi cemî' menâfi' fevt olduğu gibi, elbiseden maksûd olan harâret ve bürûdetden tahaffuz gibi menâfi'in cümlesi fevt olmuş olur. 899. maddede mezkûr olduğu üzre ismi değişecek sûretde tağyîr dahi bu nev' istihlâkden ma'dûddur. Şöyle ki, mağsûb buğdayı un yapılmak yahut mağsûb unu ekmek imal edilmek veya mağsûb malı 788. madde ve şerhinde beyân olunduğu üzre karıştırılmak ile istihlâk edilmiş olur.

Meselâ gāsıb, mağsûb buğdayı kendi buğdayı ile karıştırsa yahut mağsûb arpayı buğday ile karıştırsa, istihlâk eylemiş olacağından, zamân-ı bedel lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin altınlarını veya mecidiyelerini gasb ve ayn cinsinden olan kendi altın veya mecidiyeleriyle halt edip de temyîzi mümkün olmasa, istihlâk edilmiş olacağından, İmam-ı A'zam'a göre zamân lâzım gelir. Yoksa mahlûtda gāsıb ile mağsûbun-minh arasında şirket sâbit olmaz. Amma İmameyne göre mahlût hisselerine göre müşterek olur. *(Cevhere)* Nitekim 778. madde şerhinde beyân edilmiş idi.

Kezâ bir kimse, diğer kimesnenin kerestesini yahut tuğlasını veyahut kirecini gasb ile, inşa etmekte olduğu ebniyesinde isti'mâl etse, istihlâk kabilinden olarak kıymetinin zamânı lâzım gelir. Yoksa ebniye nakz ve mağsûb ihrâc olunarak mağsûbun-minhe reddedilmek lâzım gelmez. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Amma gāsıb, mağsûb koyunu mücerred zebh eylemesi yahut zebh ile beraber ba'de's-selh parçalamış olması -pişirmeksizin- istihlâk addolunmayacağından 971. maddede dâhil olur. Bu takdirde mağsûbun-minh, muhayyer olup, dilerse maktû' ve mezbûhu gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirirr. Ve dilerse mezbûh-ı maktû'u alarak noksân-ı kıymeti tazmîn ettirir. *(Cevhere ve Haniyye)* Nitekim âhir-i kitabdaki hâtimede izâh olunur.

İkincisi: İstihlak min vechindir ki bu da bazı menâfi'in tefvîtinden ibâretdir. Mağsûb elbiseyi yırtmak ve bâlâda zikrolunduğu vechile koyunu zebh veya ma'a'z-zebh selh eylemek gibi. İmdi bir kimse diğer kimesnenin cübbesini yırtsa, o kimesneye artık cübbe olamamak i'tibâriyle bazı menâfi'i fevt olur. Amma sağîr ve kasîrü'l-kāme bir adama cübbe veya diğer libâs çıkmak haysiyyetle bazı menâfi'i bâkī ve mevcûd olacağı gibi, koyun zebh edildiğinde derr ve nesil gibi bazı menâfi'i fevt olur ise de lahmiyyet gibi bazı menâfi'i mevcûd ve bâkī bulunmuş olur. İstihlâk min vechin hükmü 900. maddede beyân olunur.

İstihlakden başka bir de noksan vardır ki bu da menâfi'in bekāsıyla beraber ta'yinden ibâretdir. Cevdeti tefvît gibi. *(Tahtâvî)* bunun hükmü dahi 900. madde şerhinde tafsîl olunur.

2- Gāsıbın: Bu ta'bîr yâni zamânın gasb üzerine lüzûmu, bir i'tibâr ile ihtirâzîdir. Mahall-i gasbın bekçisine veya derbendcisine veya âmir-i bi'l-gasba zamân lâzım gelmez.

Derbendciye misâl: Bir karyede misâfir bulunan bir kimsenin şu kadar emvâlini karye-i merkūme ahalisinden bazıları ahz ve gasb etseler, ol kimsenin emvâl-i mağsûbeyi gāsıbdan taleb etmesi lâzım gelir. Yoksa karye-i merkūme kurbunda derbendci bulunan kimesnelerden, mücerred derbendci olmalarıyla taleb ve iddiâ edemez. *(Fetava-yı cedîde)* (89. maddeye bak.)

Âmire misâl: Bir kimse filan şahsın malını almasıyla diğer kimesneye emredip de o kimesne dahi onun malını alsa, zamân o kimesne üzerine lâzım gelir. Zîrâ bu emr bâtıldır. (95. maddeye bak.) şu kadar var ki kendisi me'hûzunu âmirine yâni o malı ahz ve kabz ile emreden kimseye vermiş ise ona rücû' eder. Amma kendi yâni âhız yedinde telef olmuş veya istihlâk eylemiş ise, o halde âmire rücû' edemez. *(Behce ve Ebussuudü'l-ımâdî)*

Diğer i'tibârile ihtirâzî olmayıp gāsıb onu âhara bey' ve hibe ve tasadduk ve îcâr ve rehin ve îdâ' ve i'âre ve tesilm edip de, ol âhar yedinde telef olduğu sûretde mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse gāsıba ve dilerse ol âhara tazmîn ettirebilir. Nitekim 910. madde şerhinde tafsîl ediliyor. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Kezâlik mağsûb, yed-i gāsıbda iken âhar bir kimse onu itlâf etse, mâlik muhayyer olur. Dilerse gāsıba tazmîn ettirip o da mütlife rücû' eder. Zîrâ gāsıb zâmin olmasıyla bi-tarîkı'l-istinâd mağsûba mâlik olur. Bu halde mütlif, gāsıbın malını itlâf eylemiş olacağından, gāsıbın mütlife hakk-ı tazmîni vardır. Dilerse mütlife tazmîn ettirip, mütlif, kimesneye rücû' edemez. *(Bezzâziyye ma'a izâh)*

3- Mağsûbun-minhe veya veresesine: Yâni gāsıb telef olan mağsûbun bedelini mağsûbun-minhe i'tâ etmeden mağsûbun-minh fevt olduğunda, veresesine redd ve îfâ etmesi lâzım gelir. Nitekim mevcûd olan mağsûbu, mağsûbun-minhe; ve fevt olmuş ise veresesine îfâ etmesi lâzım geleceği gibi. Gāsıb, bedel-i mağsûbu mağsûbun-minhe îfâ etmediği gibi veresesine dahi edâ etmez ise, müteveffâ mağsûbun-minh, onu dâr-i Âhiretde gāsıbdan taleb eder. *(Haniyye)*

4- Zâmin: Gāsıb, telef veya itlâf edilmiş olan mağsûbun küllîsini zâmin olacağı derkâr ise de, mağsûb şey-i vahid hükmünde bulunan iki şeyden yalnız birisi bulunur ise, bazı fukahâya göre mağsûb ile beraber ol diğer şeyi, ve bazı fukahâya göre yalnız mağsûbu zâmin olur. Şöyle ki bir kimse, iki kanatlı kapının bir kanadını yahut bir çift ayakkabının bir tekini istihlâk etse, bazı fukahâya göre mevcûd kalan tekini mal sâhibi, gāsıba terkle ikisini dahi tazmîn ettirebilir. Diğer bazı fukahâya göre yalnız istihlâk ettiğini tazmîn ettirilip, amma diğeri tazmîn ettirilmez. *(Bezzâziyye ve Ebussuud ve Hindiyye)* Sûret-i tazmîn *Mecelle*'nin fıkra-i âtiyesinde beyân olunuyor.

4- Te'addîsiyle: Bu ta'bîr istihlâkdan eamm olmakla, şu fıkra "mağsûb gerek gāsıbın ta'addîsiyle ilh..." diye yazılsa ahsar olurdu.

Ta'addi, mağsûb hayvanı darb edip ondan nâşî telef, ve mağsûb bargiri unf ve şiddet üzre sevkedip helâk olmak gibi şeylerdir. (602. maddeye bak.)

5- Bilâ-ta'add: Mâl-i mağsûb, gāsıbın yed ve hıfzında iken sirkat olunmak ve âfet-i semâviyye ile telef olmak ve mâl-i mağsûb, tefrîki mümkün olmayacak sûretde diğer mal ile karışmak gibi şeylerdir. Meselâ mağsûb buğday kendi kendine diğer buğday ile karışsa telef olmuş addolunarak gāsıba zamân lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim bir kimse diğerin bezini gasbedip gömlek biçip diktikden yahut hıntasını gasbedip un yaptıkdan ve et gasbedip pişirdikten sonra; gömlek ve un ve lahm-ı meşvâ yed-i gāsıbdan bi'l-istihkāk zabtedilse, mağsûbun-minh gāsıba bezin ve hıntanın ve lahmın bedelini tazmîn ettirir. Amma müstahık, bezden gömlek i'mal edilmeden ve hıntadan dakik yapılmadan ve lahm tabh olunmadan evvel kendisinin olduğunu beyâniyle bi'l-beyyine isbât ederek yed-i gāsıbdan bi-hükmi'l-hâkim ahzederse artık mağsûbun-minh gāsıbdan bir şey taleb edemez. Nitekim gāsıb mağsûb çatarıyı entari biçip henüz dikmeden ve mağsûb şâtı zebhedip henüz pişirmeden müstahık çıkıp da yed-i gāsıbdan zabt etse, gāsıb zamândan beri olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'ı aşara mine'l-gasb)*

6- Telef olsa: Fakat gāsıb telefi veya itlâfı iddiâ ettiğinde eğer mağsûbun-minh, mağsûbun bedeli ile hükmedilmesine razı olmaz ise gāsıb mağsûbun helâkini beyyine ile isbât edemediği takdirde hâkim gāsıbı "Mağsûb yedinde mevcûd olsa idi

izhâr edeceğine ve izhâr etmemesi mağsûbun telefinden nâşi olduğuna ilim hasıl oluncaya dek." habs eder ki müddet-i habsin miktarı re'y-i kadıya muhavveldir. Bu müddet habsdan sonra hâkim, bedel-i mağsûb ile hükmedeceği gibi mağsûbun-minh bilâ habsi'l-gāsıb bedele razı olur ise, hâkim yine bedel ile hükmeyler. Fakat *Zahîre*'de zikrolunduğuna nazaran kadı min gayr-i televvüm yâni gāsıbı habsetmeksizin bedel-i mağsûb ile hükmeder. Mes'elede ya iki rivâyet vardır yahut birisi efdalı, diğeri de mefdûlü beyândır. (890. madde şerhine dahi bak.)

7- Kıymetine noksan gelse: Meselâ mağsûb hayvan yed-i gāsıbda iken, bir gözü kör olsa; yahut zebunlaşsa da kıymetine noksan gelse, zâmin olur ki bu mes'ele 900. madde şerhinde izâh olunacaktır. (918. ve 920. maddelere bak.) *(Redd-i muhtâr)*

8- Derhal: Yâni zamânın te'cili sahîh değildir. Yâni zamân-ı mezkûr, muâvaza-i zarûriyye olarak ona ecel lâhik olmayacağından gāsıb, mâl-i mağzusu istihlâk ettikden sonra, mal sâhibi onu zamândan te'cil etse, ecel sahîh olmaz. Nitekim bu muâvazaya ziyâde dahi lâhik olmaz. *(Ali Efendi)* Amma bedel-i mağsûbun te'cili sahîh olup, artık ondan rücû' olunamaz. *(Ankaravî)*

[**şöyle ki**] mâl-i mağsûb [**kıyemiyyâttan ise zemân ve makân-ı gasbdaki kıymetini ve**] mekîlât ve mevzûnat ve adediyât-ı mütekāribe gibi [**misliyyâttan**] olup misli munkatı' olmamış [**ise**] kezâlik mekân-ı gasbda [**mislini**] ekseriyya ve misliyyâttan iken nâdir olarak kıymetini mağsûbun-minhe ve mağsûbun-minh fevt olmuş ise, veresesine [**vermesi lâzım gelir.**] Bununla ve kezâ mağsûbun-minhin ibrâsıyla gāsıb berî olur.[3]

Îzâhu'l-kuyūd:

1- Zeman ve mekân-ı gasbdaki kıymetini: Kıymet lâzım geldi. Zîrâ hakk-ı mâlik, mağsûbun hem sûretinde hem de ma'nâsında yâni kıymetinde sâbit ise de, bir şeyin ma'nâsı ol şeyin kıymetinden ibâret, ve ol vechile ma'nâ asıl ve sûret tâbi' olup, mislî olmamak[4] cihetiyle sûretine i'tibâr müte'azzir olmakla, yalnız ma'nâsına yâni kıymetine i'tibâr ve ol vechile zarar bi-kaderi'l-imkân def' olunur. *(Aynî ve Mecma'u'l-enhur)*

Bunun tahkīki şudur. Misil iki nev'dir:

Nev'-i evvel: Misl-i kâmildir ki sûret ve ma'nâ misilden ibâretdir. Zamân-ı udvânda asıl olan budur.

---

3 لايستخلص عن وباله بعد اداء البدل بلا توبة, قهستانى.

4 معناه ان الشئ الذى لا يضمن بمثله من جنسه لان الشئ الذى لا مثل له فى الحقيقة هو الله تعالى اذ الاجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة, عنايه وسعدى جلبى.

Nev'-i Sânî: Misl-i kāsırdır ki yalnız ma'nen misilden ibâretdir ve bu da kıymetdir. Asıl ile kazâ mümkün ise, kāsır ile kazâ meşrû' olmaz. Zîrâ kāsır asl-ı kâmilin halefi olup, asıl müte'azzir olmadıkça halefe gidilmez. *(Fethu'l-Kadîr)* Bu vechile zamân-ı kıymete Usûliyyûn "Misl-i ma'kūl-i kāsır ile kazâ-i mahz" derler ki kāsır olması bedel yâni kıymet, mağsûbun ma'nen mislî ise de sûreten misli olmadığından dolayıdır. *(Şerhu'l-Mecma')*

Zeman ve mekân-ı gasbdaki kıymet lâzım geldi. Zîrâ emâkin ezmânın ihtilâf ve tefâvütüyle kıyem dahi mütefâvit olur. *(Vâkı'âtü'l-müftîn)* Bu sûretde gāsıb, bir hayvanı hasta olarak gasb ile, yedinde iken ol hastalıktan telef olsa, vakt-i gasbda hasta olduğu haldeki kıymetini zâmin olur. *(Cevhere)*

İhtilâfü'l-fukahâ: Mağsûb mevcûd olmayınca iki sûret vardır. Birincisi yed-i gāsıbda telef olmuş ve ikincisi, gāsıb onu istihlâk eylemiş olmaktır. Bu iki sûretin her birinde üçer ihtimal vardır ki mecmû-ı ihtimâlât altı olur.

1- Vakt-i gasbdaki kıymetiyle vakt-i helâk veya istihlâkdeki kıymeti müsâvî olur.

2- Vakt-i gasbdaki kıymeti ziyâde ve vakt-i helâk veya istihlâkdeki kıymeti noksan olur.

3- Vakt-i gasbdaki kıymeti noksan ve vakt-i helâk veya istihlâkteki kıymeti ziyâde olur. İlk beş sûretde zeman-ı gasbdaki kıymet lâzım gelir. Şöyle ki meselâ mağsûb, nezd-i gāsıbda iken onun si'r ve kıymetinde yahut bedeninde ziyâde hasıl olduktan sonra telef olsa, vakt-i gasbdaki kıymet lâzım gelir. Yoksa zeman-ı telefteki kıymetin ziyâde olması mu'teber olmadığı gibi, bilakis ba'de'l-gasb mağsûbun si'r ve kıymetinde yahut bedeninde noksan ârız olsa da ba'dehü telef olsa, yahut taraf-ı gāsıbdan itlâf veya istihlâk edilse, yine yevm-i gasbdaki kıymet lâzım gelir. Zîrâ mağsûb, gāsıbın zamânına helâk üzerine sabık olan gasb ile dâhil olup, binâenaleyh mağsûbun kıymetinde mu'teber olan yevm-i gasbdaki kıymetdir. *(Hidâye)*

Nitekim vakt-i gasbdaki kıymet ile vakt-i istihlâkteki kıymet müsâvî olup arada tezayüd vâki' olsa, şu mütezâyidin tenâkusu mûcib-i zamân değildir. Şöyle ki bir kimse kıymeti bin guruş olan bir dâbbeyi gasbedip yedinde iken semizlenmek gibi bedeninde ziyâdelik hasıl olmasından dolayı kıymeti iki bin guruşa terakki ettikden sonra, zayıflamak gibi bir sebeble bedeninde tenâkus hasıl olduğu cihetle kıymeti tekrar bin guruşa tenezzül etse de ba'dehü ol hayvan telef olsa, gāsıba ancak vakt-i gasbdaki kıymet bulunan bin guruşun zamânı lâzım gelir. Aradaki tezayüdünden sonra tenâkusdan, gāsıb mesul olmaz.[5]

---

5 لانها زيادة لم يقع عليها القبض فلا تكون مضمونة كزيادة السعر ولانها زيادة حصلت فى يده بغير فعله وهلكت بغير فعله, جوهره.

Amma altıncı sûretde yâni mağsûb yed-i gāsıbda iken onda ziyâdelik hasıl olduktan sonra gāsıb, mâl-i mağsûbu istihlâk ettiğinde ta'bîr-i diğerle vakt-i gasbdaki kıymet, noksan ve vakt-i istihlâkteki kıymet ziyâde olduğunda, bunda ihtilâf olunmuştur. İmam-ı Azam'a göre yine vakt-i gasbdaki kıymet lâzım gelir. Amma İmameyn'e göre vakt-i istihlâkdeki kıymet lâzım gelir. *(Kuhistânî fi'l-gasb)* Zîrâ gāsıb üzerine hal-i ziyâdede lüzûm-ı redd, müteveccihdir. Mezheb-i Şâfi'î dahi böyledir. *(Bâcûrî)* ***Mecelle***'nin zâhirinden İmam-ı Azam kavli ihtiyar edildiği anlaşılır. Şunu bir misâl ile izâh edelim.

Bir kimsenin gasbettiği koyunun kıymeti, vakt-i gasbda iki altın iken, bir müddet yedinde durup semizlenerek kıymeti üç altın olduktan sonra zebh ile istihlâk ettiğinde, İmam-ı Azam'a göre yevm-i gasbdaki kıymeti olan iki altını vermek lâzım gelir. Yoksa yevm-i zebhdeki kıymeti olan üç altını değil. *(Redd-i muhtâr)* Nitekim bir kimse, bir malı gasbettikden sonra yedinde iken ziyâdelik gelip de kıymeti tezâyüd eyleyip badehü âhara bey' ve teslîm etmekle, yed-i müşteride telef olsa, mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse vakt-i gasbdaki kıymetini gāsıba tazmîn ettirir. Bu takdirde bey' bâtıl olur. Yoksa gāsıb, mağsûbu ba'de'l-gasb âhara bey' ve teslîm ile istihlâk eylediği vakitteki yâni müşteriye zeman-ı teslîmindeki kıymetini ınde'l-İmam-ı Azam gāsıba tazmîn ettiremez. *(Ankaravî)*

Kezâ gāsıb, mağsûbu âhara bey' ve teslîm ederek yed-i müşteride telef olduktan sonra mal sâhibi evvelce bey'-i mezkûrü mûcîz olmamış iken gāsıbın müşteriden aldığı para, yevm-i gasbındaki kıymetinden ziyâde olsa, gāsıb bunu taleb edemeyip yevm-i gasbındaki kıymetini ister. *(Tehkîh)*

Kıymeti, ne cins paradan takdir olunur?

Kıymeti, ne cins semen ile takdir olunacağı *Mecelle*'de zikrolunmuyor ise de, bunda mu'teber olan, nakd-i gālibdir. Yâni mağsûb, çarşı ve pazarda altın ile satılmakta ise, altın ile takvîm olunacağı gibi gümüş ile satılmakta ise gümüş ile takvîm olunur. İkisiyle de satılmakta ise mâlike hangisi enfa' ise onunla hükmolunur. Nef'de tesâvî bulunur ise, hâkim muhayyer olur. Dilediğinden hükmedebilir. *(Abdülhalîm ve Bezzâziyye ve Haniyye ve Bâcûrî)*

Sûret-i takdir-i kıymet: Takvîm-i mültefâtda, vahid adlin ihbarı kâfî bulunmuştur. *(Ebussuud fî'ş-şahâde)*

2- Mekân-ı gasbdaki misli: Mekân-ı gasbda lâzım geldi. Zîrâ 890. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, emâkinin ihtilâfiyle misil dahi muhtelif olur. Yâni mağsûb olan mal, misliyyâttan olup da misli munkatı' olmamış ise misli lâzım gelir ki, buna

yâni zamân-ı misle Usûliyyûn "misl-i ma'kūl ile kazâ", ta'bîr-i diğerle, "kazâ-i kâmil" derler.

Misliyyâttan olunca mislinin lâzım gelmesi iki vecih ile isbât olunur.

Vech-i evvel, delil-i şer'idir ki o da "***Fe meni'tedâ aleyküm fa'tedû aleyhi bi-misli ma'tedâ aleyküm***" (Bakara 2/194) ayet-i celilesidir. Bu tazmîne i'tida denilmesi alâka-i tezâd ile mecâzdır. Alâka-i tezâd, bir şeyi zıddıyla tesmiyeden ibâretdir. "و جزاء سيئة سيئة مثلها" (Şûrâ 42/40) ayet-i celilesinde olduğu gibi ki, seyyi'eye karşı tertib edilen ceza, seyyi'e olmayıp belki ukūbettir.

Vech-i Sânî, delil-i aklîdir. Şöyle ki gāsıb, mâlikin hem sûret hem de ma'nâdaki hakkını tefvît etmiş ve mâlikin hakkı hem sûret hem de ma'nâda sâbit bulunmuştur. Gāsıb üzerine îcâb-ı misil ile bu ikisine dahi mürâ'ât mükmün olmakla, îcâb-ı misil cebr-i fâ'itde a'del ve etemm, ve binâenaleyh bunda misil, kıymetden evlâ oldu.

Meselâ gāsıb birinin buğdayını itlâf ettiğinde, mâlikin iki hakkını izâ'a eylemiş olur. Birincisi sûretdeki ve ikincisi, ma'nâ yâni mâliyetteki hakkıdır. Cebr-i tâmm, gāsıb üzerine hem sûret hem de ma'nâdaki mislini îcâb ile olur. *(Zeyla'î ve İnaye ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

Hatta bir kimse, taze üzümü gasb ve istihlâk ettikden sonra kışın, mağsûbun-minh onu tazmîn ettirmek istediğinde, o zeman o cins üzüm bulunup fakat ol kadar taze bulunmasa yine mislini alması lâzım gelir. Yoksa kıymetini değil. Ve eğer tamamiyle taze üzüm almak ister ise, taze üzüm zemanını beklemesi lâzım gelir. *(Ankaravî)*.

Misliyyât, redâ'et ve ciyâdetce muhtelif olacağından, ceyyid yerine ceyyid verilmesi lâzım gelir. Yoksa ceyyid yerine redî verilemez. Ve mümaselete riayet bununla olur. *(Sadi Çelebi)* Yoksa mağsûb ve mütlef olan buğday a'lâ cins iken, gāsıb ednâ cinsini verecek olduğunda, mağsûbun-minh kabûle cebredilemez.

Telef olan mislinin ba'zan kıymet ile mazmûniyyeti: Bâlâda izâh olunduğu üzre telef olan mağsûb, kıyemî olduğu takdirde mağsûbun-minh, gāsıba gerek belde-i gasbda mülâkī olsun, gerek başka beldede mülâkī olsun her halde zeman ve mekân-ı gasbdaki kıymet lâzım gelir. Belde-i mülâkātda mağsûb-ı hâlikin kıymeti ekall veya ekser olmasıyla hüküm tebeddül eylemez. Amma telef olan mislî olduğu sûretde ekseriyye misliyle mazmûn olur ise de, sûret-i sitte-i âtiyede kıymet ile mazmûn olur.

Sûret-i ûlâ: Mislinin belde-i gasbdaki kıymeti ekser ve belde-i telâkī ve husûmetdeki kıymeti ekall olunca telef olan mislî kıymet ile mazmûn olur.

Sûret-i sâniye: Mislînin belde-i gasbdaki kıymeti ekal ve belde-i telâkī ve husûmetdeki kıymeti ekser olunca telef olan mislî, kıymetiyle mazmûn olur. Bu iki sûretde belde-i gasbdaki kıymet lâzım gelir.

Sûret-i sâlise: Mislî munkatı' olmuş ise kıymetiyle mazmûn olur.

Sûret-i râbi'a: Şol mislî ki, helâke müşrif olduğu halde itlâf edile. O mislî müşrif ale'l-helâk olarak kıymetiyle mazmûn olur. Şöyle ki bir kimse, gemide bulunan buğdayı fırtınadan sefine gark olmak tehlikesine mebnî denize atsa, bu mislî bu halde bulunan kıymetiyle mazmûn olur. Zîrâ kurtulmak ihtimali dahi bulunmak i'tibâriyle, bunun az çok kıymeti bulunur.

Sûret-i hâmise: Müslim, gayrimüslimin hamrını itlâf ettiğinde, kıymetiyle mazmûn olur.

Sûret-i sâdise: 907. madde şerhinde zikrolunacağı üzre bir kimse, kendi arsasında buğday zer' ettikden sonra, diğer kimesne onu tagallüben taglîb ve buğdayını zer' edip ikisi dahi sâbit ve idrâk etmiş olsa, cümle ekin o kimesnenin olup ol kimsenin zer' ettiği buğdayının kendi arzında mezrû'an kıymetini zâmin olur. Nitekim tafsîlat-ı âtiyeden müttezah olur.

Mâl-i mağsûb, misliyyâttan olup da misli munkatı' olmamış ise ber-vech-i bâlâ misli lâzım gelir. Fakat bunda iki vecih vardır.

Vech-i evvel: Gāsıb ile mağsûbun-minhin belde-i gasbda bulunmalarıdır. Bu takdirde gāsıb, mağsûbun mislini mağsûbun-minhe redd etmesi, ve mağsûbun-minhin dahi mağsûbun mislini orada alması lâzım gelir. Gāsıb, "Kıymetini i'tâ ederim." diyemeyeceği gibi, mağsûbun-minh dahi mislini almayıp da kıymetini isterim diyemez. Yâni mislînin vakt-i istihlâkdeki kıymeti ezyed ve vakt-i zamândaki kıymeti enkas olması cihetiyle mağsûbun-minh kıymetini taleb edemez. Ve bilakis kıymet-i mağsûb, vakt-i istihlâkde enkas ve vakt-i zamânda ezyed olması cihetiyle gāsıb da kıymetini veririm diyemez.

Mağsûb, mülk olur ise hüküm minval-ı meşrûh üzre olacağı gibi, vakıf olur ise yine hüküm böyledir. Binâenaleyh, bir kimse mütevellîsi olduğu vakfın gallesinden elli altını hıfz üzre iken, diğer kimesne onu tagallüben ahz ve istihlâk etse ol kimse, yâni mütevellî, meblağ-ı mezbûru vakıf için o kimesneye tazmîn ettirir. *(Fetevâ-yı cedîde)*.

Vech-i Sânî: Gāsıb ile mağsûbun-minh, belde-i gasbdan başka beldede bulunup da orada muhâsama etmeleridir. Bu takdirde üç sûret vardır.

1- O mislînin iki beldede yâni belde-i gasb ile belde-i mülâkātda ve ta'bîr-i diğerle belde-i husûmetdeki kıymetleri vâhid olursa belde-i husûmetde gāsıb, mağsûbun mislini mağsûbun-minhe verdiğinde berî olur. Ve gāsıb, belde-i mezkûrede mislini vermesiyle mutalib olur. *(Behce)*. Zîrâ bunda gāsıb ile mağsûbun-minhden birine zarar yoktur. Fakat mağsûbun-minh, dilerse belde-i husûmetde almayıp misl-i mezkûrün belde-i gasbda teslîmini taleb edebilir. Zîrâ emâkinin tefâvütüyle misil dahi mütefâvit olur. *(Ayni fî kavli'l-Hidâye ve'l-vâcibü'r-redd fi'l-mekânillezî gasabehü)*.

2- O mislînin belde-i husûmetdeki kıymeti ekall ve belde-i gasbındaki kıymeti ekser olur ise, gāsıb için ber-vech-i âtî iki nev muhayyerlik vardır. Eğer mâlik, mekân-ı gasba varıp orada mislini alıncaya kadar tehire razı olmaz ise. *(Redd-i muhtâr)*

Nev-i evvel, dilerse mekân-ı husûmetde mislini verir.

Nev-i Sânî, dilerse belde-i gasbda olan yevm-i husûmetdeki kıymetini i'tâ eyler. Zîrâ mâlik, ancak belde-i gasbda redde müstahıkdır. Halbuki gāsıb bi't-tahsis mislînin i'tâsına mecbûr edilse mutazarrır olur. Çünkü mağsûbun-minhin müstahık olmadığı ziyâde-i kıymet lâzım gelmiş olur. Binâenaleyh fi'l-hal i'tâ-yı misil ile mekân-ı gasbdaki kıymetini i'tâ beyninde gāsıb muhayyer kılındı. Meğer ki mağsûbun-minh, mekân-ı gasba varıncaya kadar sabrede. Ol halde mekân-ı gasbda misli verilmek lâzım gelir. *(Ankaravî ve Bezzâziyye ve Ali Efendi ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)* İşte bu mes'elede mislî, kıymet ile mazmûn oldu.

3- O mislînin belde-i gasbdaki kıymeti ekser ve belde-i husûmetdeki kıymeti ekall ise, bu takdirde mağsûbun-minh için ber-vech-i âtî üç nev' muyayyerlik vardır. *(Hindiyye ve Kuhistanî)*

Nev-i evvel: Dilerse belde-i husûmetde mislini alır.

Nev-i Sânî: Dilerse belde-i gasba rücû' ve avdet edinceye kadar intizâr ederek orada mislini ahzeyler.

Nev-i sâlis: Dilerse belde-i gasbda olan kıymetini alır. *(Redd-i muhtâr ve Haniyye)* Bu mes'elede dahi mislînin kıymet ile mazmûn olduğu görüldü.

2- Mislî munkatı' olmamış ise: Amma bir mislî gasb ve istihlâk olunduktan sonra munkatı' olsa yine kıymetinin i'tâsı lâzım gelir ki hadd-i inkıta' dahi bir şey, zeman-i hâssda mevcûd iken ol zemanın mürûr eylemiş olmasından ibâretdir. Yaş hurma gibi. *(Ebussuud)*[6]

---

6 فان انقطع المثلى بحيث لم يوجد فى الاسواق كما فى الكرمانى وغيره او لم يوجد اصلا كما فى شرح الطحطاوى, قهستانى.

Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin eylülde çavuş üzümünü gasbedip istihlâk ettikden sonra mağsûbun-minh gāsıbla teşrîn-i evvel ayında murâfa'a ve muhasaba olduğunda, şehr-i mezkûrde çarşı veya pazarda çavuş üzümü mevcûd olmayınca muntakı' olmuş sayılır. *(Ebussuud)*

Ancak mislî-i munkatı'ın kıymetinde beyne'l-müctehidîn üç kavil üzre ihtilâf vâki' olmuştur. Şöyle ki İmam-ı Azam'a göre yevm-i husûmetde yâni vakt-i kazâdaki kıymet lâzım gelir. Zîrâ mislî gasb olunduğunda zimmet-i gāsıba mislînin ödemesi lâzım gelir. Kadı kıymet ile hükmetmedikçe zimmetinde mislî bâkī ve hatta ba'de inkıtaı'l-misil mâlik ol mislînin avdetine intizar ettiğindeyine mislî almak hakkı mahfûz olur. Bu hakkın kıymete intikāli kazâ ile olmakla o mislînin kıymetinde vakt-i intikālindeki kıymet mu'teber oldu. *(Zeyla'î)* Amma telef olan kıyemî vücud-ı gasb zemanında kıymet ile mazmûn ve vakt-i gasb, sebeb-i vücub-ı zamân olmakla zeman-ı gasbdaki kıymet mu'teber oldu. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

İmam Ebû Yusuf'a göre yevm-i gasbdaki kıymeti lâzım gelir. Zîrâ mislî munkatı' olunca, mislî olmayana mültehak olur.

İmam Muhammed'e göre yevm-i inkıta'daki kıymeti lâzım gelir. Zîrâ zimmetde vâcib olan misil olup, bunun kıymete intikāli ancak inkıtâ' iledir.[7]

Akval-ı selâse-i mezkûre şu manzume ile cem' edilmiştir. "ولو غصب المثل ثم انصرما فالواجب القيمته يوم اختصاما ويوم غصب العين عند الثانى وحالة الفقد لدى الشيبانى" *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Akval-i selâse-i mezkûrenin her biri ayrı ayrı tercih edilmiş ise de, Behce'de İmam-ı Azam'ın kavliyle iftâ edilmiştir. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye)* Ma'a-zalik gāsıb tekellüf ederek hâl-i inkıtâ'da mislini ihzar ettiğinde mâlik onu kabûle mecbûrdur. *(Cevhere fî evveli'l-gasb)* Bu mes'ele-i inkıtâ'da dahi mislînin kıymet ile mazmûn olduğu görüldü. İşte bir malın mislî mevcûd bulunduğu cihetle, mislînin i'tâsıyla hükmolunacak olduğu sûretde mezkûr mâlik mislî fi'l-hal yâni hîn-i hükmünde çarşı ve pazarda mevcûd olduğu anlaşıldıktan sonra hükmolunmak ve tanzim olunacak i'lamda dahi bu cihet tasrîh edilmek lâzım gelir.

Şüphe yok ki bir mislî munkatı' olduktan sonra mal sâhibi tazmînini taleb ve da'vâ ile taht-ı hükme aldırmadan mezkûr mislî yine mevcûd olsa, misli lâzım gelir ise de, hâkim inkıtâ-ı misle binaen kıymet ile hükmettikden sonra mislî mevcûd olsa bile artık misli alınamayıp kıymetinin alınması lâzım gelir. *(Abdülhalîm)*

---

7 Kavâim-i nakdiyenin tedâvülden men' olunduğu sırada kararnâmenin üçüncü maddesinde hükûmet bu mes'eleyi ihtiyâr eylemiştir.

Mislî, üçüncü olarak bâlâda mezkûr olduğu üzre inkıtâ'a mebnî kıymet ile mazmûn olduğu gibi, dördüncü olmak üzre mes'ele-i âtiyede dahi kıymet ile mazmûn olur. Şöyle ki her mekîl ve mevzûn ki helâke müşrif olduğu yâni telef olmak muhâtarasında bulunduğu halde itlâf edile, o mekîl ve mevzûn ol vakitteki yani zeman-ı itlâfdaki kıymeti ile mazmûn olur.[8]

Meselâ bir sefine fırtınaya tutulup batmak muhâtarasında bulunduğu cihetle kaptan, içindeki buğdayı denize ilkā etse, ol saatdeki kıymetini zâmin olur. *(Mecma'u'l-enhur)*

Sûret-i hâmise: 881. madde şerhinde zikrolunduğu üzre Müslim, gayrimüslimin hamrını itlâf etse kıymetini zâmin olur.[9]

Sûret-i sâdise: Ânifen izâh edilmiş olmakla ziyâde izâha hacet yoktur.

Gasba dâir sûret-i muhakeme ve vâki' olan ihtilâfın sûret-i faslı:

Gasba dâir sûret-i muhâkeme ve hüküm ve gasıb ile mağsûbun-minh arasında vâki' olan ihtilâfın sûret-i halli ve faslı ber-vech-i âtî beyân olunur; şöyle ki: Mağsûbun-minh, gasbı iddiâ ettiğinde, hâkim gāsıba suâl eder. Gāsıb gasbı ikrâr ederse ilzâm eyler.

Meselâ mağsûbun-minh gāsıbdan şöyle bir kısrağı gasbederek "Yedinde telef oldu ve vakt-i gasbda kıymeti bin guruştur." diye iddiâ ve müdde'â-aleyh gasbı ve kıymetini ikrâr ettiğinde, hâkim, kıymetinin müdde'îye i'tâsıyla gāsıbı ilzam eder. Bundan sonra diğer bir kimesne çıkıp, o kısrak kendisinin mülkü ve kendisinden gasbedilmiş olduğunu iddiâ ve isbât ederse, mezkûr bir guruş bu ikinci müdde'î için hükmolunup evvelki mukarrun-leh ve müdde'î nesne alamaz. Çünkü bu ikinci müdde'înin da'vâsı hüccet-i kaviyye olan beyyine ile sâbit olmuştur. Şu kadar ki bundan sonra mezkûr bir guruş bi-aynihi yed-i gāsıba mukzâ-leh tarafından hibe veya irs veya vasıyyet veya bi-tarîkı's-sırf mübâya'a gibi bir vechile vâsıl olursa, gāsıb tarafından onun mukarrun-lehe reddi lâzım gelir. Zîrâ ikrâr, hüccet-i kāsıradır.[10]

---

8 فان له قيمة وان قلت لاحتمال النجاة والمثلى يخرج عن المثلية لمعنى خارج ثم هذا اذا القى بلا اذن واتفاق والا ففيه تفصيل فى آخر قسمة, رد المحتار.

9 لان الخمر قيمى حكما وان كانت مثلية لان المسلم منع من تمليكها وتملكها لانه اعزاز لها, طحطاوى.

10 الفرس المغصوب اذا مات فى يد الغاصب واقر الغاصب انه كان غصبه من فلان يؤمر بتسليم القيمة الى المقر له فان جاء رجل آخر واقام البينة انه فرسه وغصبه منه فالقاضى يقضى بالقيمة لصاحب البينة فاذا قضى بالقيمة لصاحب البينة واخذها لاشئ للمقر له على الغاصب فان وصلت تلك القيمة بعينها الى الغاصب من جهة المقضى له بالهبة او بالارث او بالوصية او بالمبايعة يؤمر بردها الى المقر له ولو وصل إلى الغاصب ألف آخر من المقضي له سوى المأخوذ منه فإن وصل بالهبة او بالمبايعة لا يؤمر بالرد على المقر له وان وصل بالميراث او بالوصية يؤمر بالرد, هنديه فى الباب الرابع عشر من الغصب.

Gāsıb ikrârında dese ki: "Biz şu müdde'îden on altın gasbettik ve biz on kişi idik."; on altının cem'îsiyle bu gāsıb-ı mukırr mahkûm edilir. *(Hindiyye kubeyle'l-babi's-sâmin mine'l-gasb)* "Bu mes'elede gāsıb on kişi ve mağsûb on altın olduğuna göre her biri birer altın zâmin olmak lâzım gelir." denilemez. Zîrâ gāsıb "Biz şu müdde'îden on altın gasbettik." demesiyle müstakillen kendisi gasbetmiş olduğunu ikrâr eylemiştir. Zîrâ "biz" ta'bîri vâhid için dahi kullanılır. Sonra "Ve biz on kişi idik." demesiyle evvelki ikrârından rücû' etmiş olur. Lâkin gāsıb "Ben filan dokuz kişiyle beraber on altını gasbettik." dese zâhir olan mukırr, yalnız bir altını zâmin olur. Meğer ki cümlesini bunun gasb eylemiş olduğu isbât oluna. *(şarih)*

Gāsıb, gasbı inkâr ettiğinde mağsûbun-minhden beyyine taleb olunur. İkāme ve istimâ' ettirdiği şuhûd, gāsıbın gasbı ikrâr ettiğine şahâdet etseler, kabûl olunacağı gibi; fi'l-i gasbı muayene eylediklerine şahâdet etseler yine kabûl olunur. Bu da'vâda menkūl-i mağsûbun 1621. maddeye tevfîkan meclis-i muhâkemeye ihzarı şart değildir. Zîrâ gāsıb, âdeten mağsûbun ihzarından imtinâ' eder. Ve mağsûbun evsâfını dahi beyân eylemeleri şuhûd üzerine lâzım gelmez. Zîrâ şuhûd için hîn-i gasbda fi'l-i gasbın mu'âyenesi mümkün ise de, evsaf-ı mağsûba ittıla'ları mümkün olmaz. Binâenaleyh şu özre mebnî şuhûdun evsafa ilimleri i'tibârdan sakıt oldu. *(Ebussuudü'l-Mısrî)*

Kıymet-i mağsûbda ihtilâfın sûret-i hall ve faslı:

Gāsıb ile mağsûbun-minh mâl-i mağsûbun kıymetinde ittifak ettikleri halde onunla hükmolunacağı der-kâr ise de, ihtilâf ettikleri takdirde mağsûbun-minhin iddiâ ve isbât eylediği kıymet ile hükmolunur. Zîrâ mağsûbun-minh beyyine-i mülzime ile müdde'âsını isbât eyledi. *(Hidâye)* (75 ve 76. maddelere bak.) Nitekim ikisi de ikāme-i beyyine ettiklerinde, mağsûbun-minhin beyyinesiyle hükmolunur. Çünkü telef olan bir şeyin kıymetinde mukavvimler ihtilâf etseler, yâni iki kişi ol şeyin kıymeti on altın olduğuna ve diğer iki kişi dokuz altın bulunduğuna şahâdet etseler, ekall beyyinesi nâfiye olmakla ekser beyyinesi tercih olunarak on altın ile hükmolunmak îcâb eder. *(Eşbah)* (1762. maddeye bak.)

Amma mağsûbun-minh, iddiâ ettiği ziyâdeyi isbât edemediği halde söz ma'a'l-yemin gāsıbın olur. Zîrâ mâlik ziyâdeyi iddiâ ve gāsıb inkâr etmekde olup, söz ise ma'a'l-yemin münkirindir. (8. ve 76. maddelere bak.) *(Hidâye ve Aynî ve Tahtâvî)*

Fakat mağsûbun-minh ziyâdeyi isbât edememekle, gāsıba yemin teveccüh edecek olduğunda, gāsıb iddiâ eylediği kıymeti beyyine ile isbâta kıyam birle, teveccüh eden yeminden kurtulmak arzu edecek olduğunda, her ne kadar bazı meşâyih 1774. maddenin fıkra-i ahîresine kıyâsen bu beyyinenin kabûl olunacağını beyân eylemişler ise de, kavl-i sahîhe göre bu beyyine kabûl edilemez. *(Nihaye ve İnâye ve Aynî*

ve Tebyîn ve Mecma'u'l-enhur ve Redd-i muhtâr ve Ebussuudü'l-Mısrî) Binâenaleyh gāsıb iddiâ ettiği kıymeti isbât edeceğini beyân ve mağsûbun-minh onun isbâtına razı olmayıp, gāsıbın ikrâr ettiği miktardan ziyâde olmadığına yemin etmesini taleb etse, yemin verilmek lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr ani'l-hulâsa)*

Gāsıbın redd-i yemine dahi hakkı yoktur. Şöyle ki, mağsûbun-minh kıymet-i mağsûbu isbât edemediği cihetle, onun iddiâ ettiği ziyâde üzerine gāsıba yemin teveccüh edip de, gāsıb "Ben yemini mal sâhibine redd ederim, onun yemin edeceği miktarı vereceğim." diyecek olsa buna hakkı yoktur. Hatta bu teklife mâlik dahi muvâfakat ederek terazî hasıl olsa bile câiz değildir. Ve bu vechile terazî, hükm-i şer'in muhâlifi olan şey üzerine terâzî olmakla lağv olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

Mâlik, mağsûbun kıymeti meselâ on altındır dediği halde gāsıb, "Mağsûbun kıymetini bilmem fakat mâlikin da'vâ ettiği kıymetden azdır." dese, gāsıb kıymet-i mechûleyi ikrâr ettiğine ve kıymeti bilmem demesinde kâzib bulunmak ihtimaline mebnî ne kadar olduğunu beyâna taraf-ı hâkimden, gāsıb cebrolunur. Ne kadar beyân ederse, ondan ziyâde olmadığına yeminiyle söz gāsıbındır. (8. ve 76. maddelere bak.)

Gāsıba ber-vech-i mezkûr cebrolunduğu halde yine kıymetini beyân etmez ise mağsûbun kıymetini mağsûbun-minhin iddiâsı gibi meselâ on altın olmadığına gāsıb tahlif olunur. Yeminden nükûl ederse, müdde'â-bih yâni mağsûbun kıymeti on altın olduğu sâbit olur. Fakat gāsıb, on altın olmadığına yemin ederse gāsıb, kıymet-i mechûleyi ikrâr etmişiken kıymet-i mezkûre ne kadar olduğu vukū' bulan cebr üzerine beyân etmediğinden bu halde mağsûbun-minh, mâl-i mağsûbun kıymeti, iddiâsı gibi meselâ on altın olduğuna tahlîf olunarak yemin ederse, ber-vech-i iddiâ gāsıb on altın alır. *(Redd-i muhtâr)* Lâkin 76. madde şerhinde beyân olunduğu üzre mezkûr madde kendisinden asla udûl olunmaz asl ve kā'ide olduğu halde ona muhâlif olarak müdde'îye yemin nasıl tevcih olunur? ***Redd-i muhtâr*** sâhibi bu mes'elede müdde'îye yemin teveccühünün sebebini beyâna girişmiş ve mütebâyi'ânın semen veya mebî'in miktarında ihtilâfları halinde 1778. madde vechile ikisine da yemin lâzım gelmesini bunun nazîrini addeylemiş ise de, yemin ebeden müdde'â-aleyhe teveccüh edeceği hakkında nass-ı şâri' bulunmakla, bunun hilafını ictihâda mesağ yoktur suâli varid olur.

Bazı fukahâ ise şu mes'eleyi ber-vech-i âtî hal eylemiştir. Şöyle ki gāsıb misâl-i mezkûrde kıymeti on altın olmadığına yemin ettiğinde, kıymeti dokuz altın olmadığına yemin verilir. Buna da yemin ettiğinde, sekiz altın olmadığına ve buna da yemin ettiğinde altı altın olmadığına ve bu vechile o malın kıymeti örfen ve âdeten daha noksan olmayacak miktara müntehî oluncaya kadar bu mu'âmele tekrîr

edilip sonra o miktar ile gāsıb ilzam olunur da, daha ziyâde olmadığına dâir yemi-niyle söz gāsıbın olur. *(Redd-i muhtâr)*

Da'vâ gasb iken, şahâdet mülke olsa kabûl olunur. Şöyle ki: Müdde'î, gasbı iddiâ etmiş iken ikāme etdiği şâhidler gasba şahâdet etmeyip belki mücerred müdde'â-bih, müdde'înin mülkü olduğuna şahâdet etseler, İmam Ebi Yusuf'dan rivâyet edildiğine göre kabûl ve müdde'î 1746. madde vechile tahlîf olunur. *(Hindiyye ve Fetâvâ-yı Ebussuud fi'r-rehn)*

Gasb da'vâsına karşı gāsıbın def'-i da'vâ etmesi:

1- Müdde'î gasbı iddiâ ve müdde'a aleyh mağsûb denilen malı şu kadar guruşa müdde'î-den satın aldığını müdâfa'aten inbâ edip de ikisi de ikāme-i beyyine etseler, müdde'a aleyhin beyyinesi tercih olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

2- Gāsıb, aynen veya bedelen redd ve iâde eylediğini iddiâ ve mağsûbun-minh inkar etse, söz ma'a'l-yemin mağsûbun-minhin olur. Fakat gāsıb def'ini bi'l-beyyine isbât ederse kabûl olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

3- Gāsıb, mağsûb ruba hîn-i gasbda sahîh ve salim idiyse de, mağsûbun-minh "Yedimde iken yırttı." dese, mağsûbun-minh yırtmadığına yemin ettikden sonra gāsıb onu zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

İki kimsenin mağsûbu iddiâ etmesi:

İki kimseden her biri, diğer kimesne yedindeki kısrağı iddiâ birle bunlardan birisi zi'l-yed bulunan kimesne kendisinden filan vakitde gasbettiğine ikāme-i beyyine ettiği gibi diğeri de ondan sonraki bir vakti zikrile zi'l-yed o kısrağı filan zemanda kendisinden gasb ettiğine ikāme-i beyyine ettiğinde, İmam Ebi Yusuf'un kavline kıyasen o kısrak mukaddem tarihle gasbı iddiâ ve isbât edenin olur. Gāsıb ikinci müdde'î için nesne zâmin olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâbi')*

Tağyîbü'l-mağsûb:

Bade'l-gasb, mağsûb, tağyîb edildiğinde mâlik muhayyer olur. Dilerse buluncaya kadar sabreder. Bulunduktan sonra aynen ahzeyler. Dilerse bedelini tazmîn ettirir. Ve mağsûb kıyemiyyâttan olup da kıymetinde ihtilâf olunsa, söz ma'a'l-yemin gāsıbındır. Zîrâ mâlik, ziyâdeyi müdde'î ve gāsıb münkirdir. Lâkin mâlik, ziyâde-i kıymet üzerine beyyine ikāme ettiğinde kabûl olunur. Zîrâ beyyine, yeminden evlâdır. *(Cevhere ve Tahtâvî)*

Ve bu halde yâni mağsûbun-minh mâl-i mağsûbun bedelini gāsıbdan aldığı takdirde gāsıb, mâl-i mağsûba mâlik ve bu mülk vakt-i gasba müsteniden sâbit olacağından, gāsıb, mağsûbun iksâbına ve ziyâde-i muttasılasına dahi mâlik olur. *(Hidâye)* Gāsıb, bade'z-zamân

mağsûba mâlik oldu. Zîrâ mağsûbun-minh rakabeten ve mülken bedele mâlik olmakla, gāsıbın dahi mübeddele mâlik olması lâzım geldi. Ve illa bedel ile mübeddelün-minhin mülk-i vahidde ictimâ' eylemesi lâzım gelir ki bunda adalet bulunmayıp belki gāsıba zarar vâki' olacağından def'an li'z-zarar mağsûb-ı gāibde gāsıbın mülkü sâbit olur. *(Mecma'u'l-enhur)* Ma'a-zalik ber-vech-i muharrer istinâd ile sâbit olan mülk, nâkıs ve min vechin sâbit ve min vechin âhar gayr-i sâbit olduğundan, veled gibi mağsûbun zevâid-i munfasılasına mâlik olamayıp, bunlar mağsûbun-minhe kalır. Yâni şabanda bir kısrağı gasbedip, ramazanda yavrulasa ve gāsıb bade't-tağyîb şevvalde zâmin olsa, gāsıbın mülkiyeti her ne kadar şabanda sâbit olur ise de, yavru yine meğsubun-minhin malı olur. Amma semen gibi zevâid-i muttasılaya gāsıb bu zamân ile mâlik olur. Zîrâ bu zevâid tâbi'dir. *(Redd-i muhtâr)*

Lâkin bey'-i mevkūf ile onda hıyâr olan bey', tenfiz edildiğinde, müşteri ziyâde-i muttasılaya mâlik olduğu gibi, ziyâde-i munfasılaya dahi mâlik olur. Şöyle ki bir kimse, fuzûlen bir kısrağı diğer kimesneye bey' ve teslîm birle müşteri yedinde mezkûr kısrak yavrulasa da badehü mâlik şerâit-i icâzet mevcûde olduğu halde mûcîz olsa, müşteri yavruya dahi mâlik olur. Fark şudur: Gasb, fi'l-i kabîh olmakla, sebeb-i mülk olamaz. Bey' ise mülke sebeb-i meşrû' olmakla icâzet-i mâlik vakt-i bey'a min küllî vechin istinad eder. *(Tahtâvî)*

Gāsıb üzerine bu vechile mağsûbun bedeli hükmolundukdan sonra mâl-i mağsûb meydana çıktığında, kıymeti gerek gāsıbın zâmin olduğu bedele müsâvî, gerek ziyâde, gerek noksan olsun; eğer gāsıbın iddiâ ve ikrâr eylediği yahut gāsıba teklif olunan yemini gāsıb icrâ eylemesiyle tahakkuk eyleyen kıymeti zâmin olmuş ise, mâlik ber-vech-i âtî iki vechile muhayyerdir.

Vech-i evvel: Dilerse mağsûbu ahz ve me'huzî olan ıvazını gāsıba redd eder. *(Hidâye)* Zîrâ mağsûbun-minh, istediği aynı alamamış olmakla bedele rızâsı tam değil idi. *(Cevhere ve Kuhistânî ve Ebussuudü'l-Mısrî ve Aynî)* Bu takdirde gāsıb, evvelce mağsûbun-minhe verdiği bedeli istirdâd edinceye kadar mâl-i mağsûbu habsedebilir. *(Mecma'u'l-enhur ve Abdülhalîm)*

Şu kadar var ki bedeli istirdâd etmeden mâl-i mağsûb, yed-i gāsıbda telef olsa, artık ol bedelin reddi lâzım gelmeyip, mal sâhibi ziyâdesini gāsıbdan ahzeder. Eğer ziyâde var ise. Amma ziyâdelik yoksa mâlik için beldel-i me'huzdan başka bir şey yoktur. *(Aynî)*

Şu halde gāsıb, "Ol ziyâde ba'de't-tazmîn hâdis oldu." ve mâlik "Kable't-tazmîn ve hîn-i gasbda mevcûd idi." diye ihtilâf ettiklerinde, bazı fukahâ, söz gāsıbın olduğunu zikreylemiştir.

Vech-i Sânî: Dilerse zamânı imzâ ve ibkā eder. Bu halde mağsûbun kıymeti zâmin olduğu miktardan noksan çıkmakla, gāsıb muhayyer olmaz. Zîrâ bedel-i mezkûr, gāsıbın ikrârıyla lâzım olmuştur. Fakat zamân-ı gasb dahi mu'âvaza olmakla, gāsıb için hıyar-ı gayb ve rü'yet sâbit olur. *(Tahtâvî ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

Ve eğer gāsıb, mâlikin mücerred iddiâ eylediği kıymeti kabûl veya mâlik kıymet-i mağsûbu bi'l-beyyine isbât eylemiş yahut mâlikin iddiası vech üzre olmadığı hakkında teklif olunan yeminden nükûliyle tahakkuk eden kıymeti zâmin olmuş ise, mâl-i mağsûb gāsıbın olup, mağsûbun-minhin ona hakk-ı müdâhalesi yâni mağsûbun-minh bunda muhayyer olmaz. Zîrâ mağsûbun-minh, yalnız bu miktarı iddiâ etmesi sebebiyle, miktar-ı mezkûre razı olmuş olur. Nitekim bunda, gāsıbda muhayyer değildir. Zîrâ bunda gāsıb zalim olup, onun tarafına mürâ'ât olunamayacağı gibi, gasba ve tağyîbe ikdâm ile beraber buna israr eylemesi rızâsına delil addolunur. *(Haniyye ve Redd-i muhtâr)*

Meselâ mağsûbun-minh, "Bin guruş kıymetli şu makūle atımı tağallüben ahz ve tağyîb eyledin." diye da'vâ ve müdde'asını isbât ederek, bin guruşu gāsıbdan aldıktan sonra ol at bulunsa, mağsûbun-minh aldığı bin guruşu gāsıba redd ile atı geri alamaz. Nitekim bu takdirde gāsıb dahi, atın kıymeti bin guruştan noksan zuhur etmesinden dolayı muhayyer olamayacağı gibi. *(Redd-i muhtâr ve Abdülhalîm)*

Bey'-i gāsıbın nefâzı yahut butlânı:

Gāsıb, mağsûbu âhara bey' ettikden sonra bedelini mal sâhibine zâmin olsa, gāsıb-ı mezkûr mağsûba zamân-ı mezkûr ile bi-tarîkı'l-istinâd yâni vakt-i gasba müsteniden mâlik olacağından, gāsıbın mezkûr bey'i nâfiz olur. Zîrâ istinad-ı mezkûre mebnî, gāsıbın mağsûb-ı mebîa sebeb-i mülkü, gāsıbın mağsûbu bey' etmesi üzerine takaddüm eylemiştir. *(Camiu'l-fusûleyn fî ahıri'l-faslî'r-râbi' ve'l-ışrîn)* Yâni bey'-i gāsıbın nefâzı, gāsıbın bedel-i mağsûbu mağsûbun-minhe zâmin olmasına tevakkuf eder. Amma gāsıb bey'-i mezkûründen sonra mağsûbu mal sahibinden iştirâ veya ittihâb ve tesellüm eylemesi veya gāsıbın mağsûbun-minhe varis olması ile, gāsıbın mezkûr bey'i nâfiz olmayıp bâtıl olur. Zîrâ mülk-i bat, -iştirâen ve ittihâben ve irsen olan mülk- edâ-i zamâna mevkūf bulunan mülk üzerine târî olmakla, onu ibtal eylemiştir. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve Redd-i muhtâr)*

Meselâ gāsıb, muharrem ibtidasında bir malı gasbettikden sonra şehr-i mezkûrün on beşinde âhara bey' ve teslîm edip de saferde vakt-i gasbdaki kıymetini zâmin olsa, zamân-ı mezkûr ile mâl-i mezkûre mâlik olur. Şu mülk dahi geriye istinâd ederek ve gûya muharrem ibtidasında mağsûba mâlik farzolunarak bey'-i mezkûr nâfiz olur. Amma vakt-i bey'deki kıymeti zâmin olur ise -bi't-terazi veya alâ kavli'l-İmameyn demektir- muharrem ibtidasından bi'l-i'tibâr mağsûba mâlik olmayacağı gibi gāsıb, mâl-i mağsûbu âhara bey' ettikden sonra mağsûbun-minh mezkûr malı gāsıba bey' veya hibe ve teslîm etse veya mağsûbun-minh vefat etmekle gāsıb ona varis olsa, gāsıbın bey'i bâtıl olur. *(Redd-i muhtâr)*

Bu madde lâyıkıyla anlaşılmak için mislî ile kıyemî bilinmek îcâb eder ki bunların ta'rîfleri 145 ve 146. maddelerde mastûr olmakla beraber 1119. maddesinde daha ziyâde izâh olunmuştur. Bazı kütüb-i fıkhiyyede ez-ân cümle *Hindiyye*'nin Kitab-ı Gasbının bâb-ı evvelinde mislî ile kıyemî ta'rîf olundukdan sonra ta'dad dahi olunmuştur. Ancak sâli-

fü'z-zikr ta'rîfleriyle mislî ve kıyemî anlaşılacağı cihetle bir de ta'dad-ı efrada hacet yoktur. *(Redd-i muhtâr ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

892. MADDE

[**Gāsıb, mekân-ı gasbda ayn-ı mağsûbu**] âkıl ve hâzır yâni gayr-i gāib olan [**sâhibine**] veya nîibine evvelen, [**redd**] yâni hakîkaten veya hükmen iâde [**ve teslîm**] Sâniyen, sâhibi istirdâd [**ettikde**] Sâlisen gāsıb, mağsûbun-minhe hasran vâris olduğunda [**zamândan beri**] yâni vücubü'r-redd sakıt [**olur.**] Velev ki sâhibi reddi bilmeye. Ve sâhibi dahi bu vechile kendisine aynen redd ve teslîm edilen mağsûbu kabûle mecbûrdur. Meğer ki 894. madde vechile redd ede.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Mekân-ı gasbda: Bu kaydın faidesi 890. madde şerhinde izâh olunmakla oraya mürâca'at oluna.

2- Ayn-ı mağsûbu: Bu ta'bîrle bedel-i mağsûbdan ihtiraz olunuyor ki buna dâir tafsîlat 895. madde ile şerhinde gelir.

3- Âkıl: Ât'iz-zikr 896. maddeden münfehim olacağı üzre redd ve teslîm-i mezkûrün sıhhati, mağsûbun-minh âkıl olduğu sûrettedir. *(Redd-i muhtâr)*

4- Hazır: Mağsûbun-minh gāib olup da gāsıb, gasb fi'line nâdim olarak mağsûb hayvanın kabûlünü yahut ba'dehü mağsûbun-minhe rücû' etmek üzre ol hayvana infâkla kendisine emir verilmesini taleb etse, hâkim bu talebini kabûl etmez. Mağsûbu yed-i gāsıbda terkeder. Ve nafakası gāsıb üzerine olur. Hatta hâkim badehü mağsûbun-minhe rücû' etmek üzre gāsıba infâkla emretse, şu emri hükümsüzdür. Mağsûbun-minhe rücû' edemez. Şu kadar ki gāsıb, gayr-i emin ve mahûf olup da mağsûbu itlâf etmesi melhûz olduğuna binaen hâkim, hayvanın bey'iyle semenini hıfzda menfa'at görür ise, ol vechile bi'l-bey' semenini mağsûbun-minh için hıfzeder. Zîrâ bu mu'âmele, min vechin mağsûbun-minhe nâfi'dir. (58. maddeye bakınız.) *(Hindiyye kubeyle'l-babi's-sâbi' mine'l-gasb ve Haniyye)*

5- Sâhibine veya nâ'ibine: Sâhibi mağsûbun-minhden ibâret olup nâibi dahi mağsûbun-minh fevt olmuş ise vasîsi veya varisinden ibârettir. Fakat vâris müte'addi olduğu sûretde ehad-i vereseye redd ettiğinde bu redd; bi-gayr-i hükmi'l-hâkim olunca diğer veresenin hissesinde gāsıb berî olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis ve Münyetü'l-Müftîn fi'l-gasb)*

Bu ta'bîr, mağsûbun-minhin hânesine veya ıyaline redden ihtiraz içindir. Zîrâ gāsıb, mâl-i mağsûbu mağsûbun-minhin hânesine yahut zevcesi gibi iyâlinde bulunanlardan birine reddetse berî olmaz. Nitekim redd-i vedî'ada dahi hüküm alâ kavlin böyle olduğu 794. madde şerhinde zikrolunmuş idi. Binâenaleyh ahvâl-i âtiye redden ma'dud değildir.

Evvelen: Bir kimse diğer kimesnenin hânesinden bilâ-izin bir mal alıp da ba'de eyyâm o malı aldığı mevzi'e iâde etse, mâlikine redd etmedikçe zamândan halâs olmaz.

Sâniyen: Bir kimse diğer kimesnenin hayvanını merâdan gasb ve isti'mâl edip de ba'dehü aldığı mahalle iâde etse de sâhibinin ahzından evvel zâyi' olsa, mezkûr hayvanın zamânı lâzım gelir.

Sâlisen: Bir kimse diğer kimesnenin yedinden gasben bir dâbbe ahzettikden sonra onu sâhibine reddettiği halde, sâhibini bulamadığı gibi seyisi gibi hâdimi dahi bulamayıp mezkûr hayvanı sâhibinin ahırına reddederek orada bağlasa, redd hasıl ve zamândan halas olmaz.

Râbi'an: Bir kimse diğer kimesnenin kesesinde mevcûd bin guruşun nısfını ahz ve gasbettikten sonra, ba'de eyyâm nısf-ı mağsûbu mezkûr kimseye reddettiğinde, redd ve teslîm sahîh olmadığı cihetle, o kimsedeki paraya mal sâhibi vaz-ı yed etmeden evvel mezkûr kesedeki para zâyi' olsa, yalnız nısf-ı me'huz-i merdûdu zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis).*

Burada yalnız nısf-ı me'huzu zâmin olacağı zikrolunuyor. Halbuki 787. ve 788. maddelerde şerhan izâh olunduğu üzre küllîsini zâmin olmak lâzım gelir. Bu halde yalnız nısfın zamânı şu sebebe mebnî olsa gerekdir. Nısf-ı me'huz reddedilmesiyle vâki' olan halt temyîz ve tefrîki mümkün olacak sûrettedir. Yahut kesede başka para yok idi. *(Şarih)*

Hâmisen: Bir kimse diğer kimesnenin hayvanını ahırından gasb ettikden sonra, mezkûr hayvanı bizzat sâhibine redd etmeyip de ol ahıra iâde etse, bir rivâyetde berî olmaz. Amma diğer rivâyetde berî olur. *(Camiu'l-fusûleyn)*

İmam Muhammed, bir kimse diğer kimesnenin evinden elbiseyi bi'l-ahz telebbüs ettikden sonra çıkarıp bulunduğu mahalle vaz' yahut bir kimse diğer kimesnenin ahırından bir hayvanı ahzedip ba'dehü yine ahıra iâde etse zamân lâzım gelmemesi husûsunu istihsân eylemiştir. *(Bezzâziyye)*

6- Hakīkaten veya hükmen redd ve teslîm: Bu ta'bîr ile ahval-i âtiyeden ihtiraz olunuyor ki, bunlar redden ma'dûd değilir. Şöyle ki:

Evvelen: mâlik, gasıba "Mağsûb hayvanı filan mevzı'a götür de orada sat." dese de o da götürürken yolda telef olsa, gāsıb zâmin olur. Çünkü mâlike teslîm bulunmamıştır. *(Bezzâziyye)*

Sâniyen: Mâlik, mağsûbu gāsıba i'âre ettiğinde gāsıb, bi-hükmi'l-iâre mağsûbu isti'mâl etmeden evvel berî olmayacağından, kable'l-isti'mâl telef olsa zâmin olur.

Sâlisen: Mâlik, gasıba "Mağsûbu sana îdâ' ettim." dedikten sonra mağsûb yed-i gāsıbda telef olsa zâmin olur. Bu mes'ele, 773. madde şerhinde bunda yalnız îcâbla, zamân sakıt olacağı hakkındaki mes'eleye mübâyindir.

Râbi'an: Mâlik, gāsıba mâl-i mağsûbu bey' etmesini emrettiğinde sahîh ve 1455. maddeye mebnî gāsıb vekîl bi'l-bey'olur. Fakat mücerred bu emir ile mağsûb, gāsıbın zamânından çıkmayacağı gibi emr-i mezkûre binaen mücerred bey' ile dahi mağsûb, gāsıbın zamânından çıkmış olmaz. Binâenaleyh mağsûb mebî', müşteriye teslîm edilmeden yed-i gāsıbda telef olsa, bey' müntekız ve gāsıb zamân-ı gasb ile zâmin olur. Hatta bu vechile mâlikin emrine binaen gāsıb mağsûbu âhara bey' ettikden sonra müşteri mağsûbu hıyar-ı ayb ile gāsıba reddettiğinde, eğer bu redd kable kabzı'l-müşteri ise mağsub, yine zamân-ı gāsbda addolunur. Ve eğer bade kabzı'l-müşteri ise, gāsıb üzerine zamân avdet etmez. (51. maddeye bak.)

Hâmisen: Mağsûbun-minh, bizzat yed-i gāsıbda bulunan mağsûbu şahs-ı sâlise bey' ettiğinde, bununla gāsıb zamândan berî olmayacağından, mebî' müşteriye teslîm edilmeden yed-i gāsıbda telef olsa gāsıb zâmin olur.

Sâdisen: Mâlik, gāsıba yed-i gasbında bulunan şâtı tazhiye etmesini yâni kurban olarak kesmesini emretdiğinde, kable't-tazhiye şât, zamân-ı gasbdan çıkmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis mine'l-gasb)*

Aksamü'r-redd:

Redd iki kısımdır. Kısm-ı evvel, redd-i hakīkīdir ki gāsıb mâl-i mağsûbu sâhibine verip o da kabzetmekle hasıl olur. Bu maddede beyân olunan redd, bu kısım reddir. Kısm-ı Sânî, redd-i hükmîdir ki 893. maddenin fıkra-i ûlâsında zikir ve beyân olunan bu kısım reddir. Nitekim mesâil-i âtiye dahi redd-i hümkî kabîlindendir.

1- Mes'ele: Mâl-i mağsûb, yed-i gāsıbda iken mal sâhibi onda şol bir fi'li îkā' etse ki -ol fi'li bir kimse diğerin malında îka' ettiğinde gāsıb olur- Bu fi'il sebebiyle mal sâhibi mâl-i mağsûbu kabzetmiş olur. Velev ki bu mal, kendi malı olduğunu mal sâhibi bilmesin. Zîrâ mal sâhibinin kendi malı üzerine yedinin sübûtu gāsıbdan zamânın sükūtunu îcâb eder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Meselâ mal sâhibi, yed-i gāsıbda bulunan hayvana râkib olsa yahut yed-i gāsıbda olan mağsûb elbiseyi gāsıbın hânesine varıp telebbüs etse, gāsıb berî olur. Gerek mağsûb kendisinin olduğunu bilerek bu fi'li îkā' etsin gerek bilmeyerek. Zîrâ hüküm sebebe bina kılınır; yoksa ilme değil. İmdi bu vechile rükûb veya lübs ile mal sâhibi malına vaz'-ı yed etmiş olmakla bununla yed-i gāsıb mürtefi' ve zamân zâil olur. *(Bezzâziyye)*

2. Mes'ele: Mağsûbun-minh vefat ettikden sonra hasran vârisi mâl-i mağsûbu gāsıbdan bi'l-isti'are yedinde telef olsa gāsıb berî olur. *(Bezzâziyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

3. Mes'ele: Gāsıb mağsûbu bir amel için mâlikden istîcar edip de gāsıb mezkûr ameli îfâya başlasa da sonra mağsûb helâk olsa, gāsıb, zamândan berî olur. Zîrâ gāsıb üzerine vücub-ı ecir sebebiyle müste'cir sıfatıyla kābız olur. *(Bezzâziyye)* İmam Muhammed'e göre mücerred akd-i icâre ile gāsıb me'cûru kabzeylemiş addolunup zamân-ı gasbdan berî olur.

Zîrâ kabz-ı gasb a'lâ ve kabz-ı icâre ednâdır. (262. madde şerhine bakınız.) Bundan sonra müddet-i icâre münkazî olsa dahi zamân-ı gasb avdet etmez. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Meselâ gāsıb, gasbettiği hâneyi mâlikinden istîcâr edip de hîn-i istîcârda içinde sâkin yahut süknâya muktedir bulunsa gāsıb berî olur. Amma mağsûb hâne hîn-i istîcârda tarafeynin hazretinde bulunmuyor idiyse gāsıb berî olmaz. *(Bezzâziyye fi'l-gasb)*

7- Sâhibi istirdâd: Mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda iken mal sâhibi o malda bir fi'li îkā' etse ki o fi'li gayrin malında îkā' eden kimse gāsıb ola, mal sâhibi mâl-i mağsûbu kabzetmiş addolunur. Nitekim emsilesi ânifen zikrolundu.

8- Yahut gāsıb mağsûbun-minhe hasran vâris: Gāsıb mağsûbun-minhe hasran vâris olduğunda zamân-ı gasbdan berî olur. Şöyle ki meselâ bir kimse pederinden bir şey gasb ve sirkat ettikden sonra pederi fevt olarak kendisi hasran ona vâris olsa, ahiretde muâheze olunmaz. Zîrâ hasbe'l-irs o mal kendisine intikāl eylemiştir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara mine'l-gasb)*

9- Zamândan berî olur. Gāsıb zamândan vücuh-ı adîde ile berî olur.

Birincisi: Ayn-ı mağsûbun, mağsûbun-minhe redd ve iâdesiyle berî olur. Nitekim tafsîl olundu.

İkincisi: Gāsıbın hasran vâris olmasıyla berî olur. Nitekim beyân olundu.

Üçüncüsü: Mâl-i mağsûb, yed-i gāsıbda telef oldukdan veya gāsıb onu itlâf eyledikten, yâni mağsûbdan hakk-ı mâlik munkatı' olarak mâlikin hakk-ı bedele münkalib olduktan sonra mal sâhibi onu ibrâ etse, gāsıb, deynden yâni zamânı bedelden berî olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'-sâdis)*

Dördüncüsü: Ayn-ı mağsûb, yed-i gāsıbda mevcûd olduğu halde mağsûbun-minh gāsıbı ibrâ etse ayn-ı mezkûr, sevb ve dâbbe gibi gerek kıyemî olsun ve derâhim ve denânîr gibi gerek mislî olsun; şu ibrâ ile gāsıb zamândan berî olur. Binâenaleyh bundan sonra mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda emanet olarak kalır. *(Haniyye)*

Beşincisi: Ayn-ı mağsûbu mağsûbun-minh gāsıba tahlîl etse, gāsıb zamândan berî olur. Şöyle ki, mağsûb yed-i gāsıbda aynen mevcûd iken mal sâhibi gāsıbı tahlil etse, bu tahlil sebeb-i zamândan ibrâ olarak ayn-ı mağsûb yed-i gāsıbda emanet olur. *(Bezzâziyye ve Haniyye fi'l-gasb)*

Altıncısı: Mağsûbun-minhin kabz-ı gāsıbı mûcîz olmasıyla gāsıb berî olur. Şöyle ki, bir kimse diğer kimesneden bir malı gasbettikden sonra mal sâhibi gāsıbın kabzını mücîz olsa, gāsıb zamândan berî olur. Zîrâ 791. madde şerhinde zikrolunduğu üzre icâzet akvâle lâhik olduğu gibi ef'âle dahi lâhik olur. Hatta bir kimse diğer kimesnenin malını ahz ve gasb birle diğer bir şahsa teslîm etse de ba'dehü mağsûbun-minh bu teslîmi mücîz olsa sahîh olup, ol kimse zamândan berî olur.

Yedincisi: Gāsıb mâl-i mağsûbu bade'l-isti'mâl mağsûbun-minh ol malı kendisi için hıfzeylemesini gāsıba emredip de o da hıfzediverse, yâni bu emre binaen hıfza başlarsa, yine zamândan berî olur. Amma mücerred emr-i mezkûr ile zamândan berî olmaz. *(Münyetü'l-müftîn)*

Sekizincisi: Mağsûbun-minh mâl-i mağsûbu gāsıba îdâ' etmesiyle berî olur. (773. madde şerhine bakınız.)

10- Velev ki sâhibi bilmeye: Bu maddede redd mes'elesi mutlak olarak zikrolunmasıyla iki mes'ele müstefâd olur.

Mes'ele-i ûlâ: İşbu redde sâhibinin ilminin adem-i lüzûmudur. Bir kimse diğer kimesneden bir şey gasbettikten sonra onu götürüp de o kimesnenin hicrine koysa da o kimesne, o şey kendi malı olduğunu bilmese, bu şeyi o kimesneden başka bir adam alsa, ol kimse berî olup mes'ûliyyet ve uhde ortık ol adam üzerinde kalır. *(Hindiyye fi'l-bâbi'-sâdis mine'l-gasb)*

Lâkin o kimesnenin hicrine koymayıp da önüne koysa, diğer adam alıp götürse zamân, hem ol kimse hem de ol adam üzerine kalır. (910. maddeye bak.)

Yine bu cihetle bir kimse diğerin kesesinden para alıp sarf ve istihlak ettikten sonra, onun mislini mağsûbun-minhin ilmi olmaksızın yine ol keseye iâde ve vaz' ve ondaki para ile halt ettikden sonra mağsûbun-minh ol kesedeki paranın cümlesini sarf veyahut ol keseyi bulunduğu mahalden ref' ettiğinde gāsıbdan zamân sakıt olur. *(Yetîmetü'd-dehr ve Ebussuûdü'l-Mısrî ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Yine bu cihetle gāsıb, sevb-i mağsûbu mağsûbun-minhe giydirse de mağsûbun-minh kendi rubası olduğunu bilmeyerek eskitse, gāsıb berî olur. *(Bezzâziyye)*

Yine bu cihetle gāsıb, birinden ekmeği gasbettikden sonra onu mağsûbun-minhe it'âm etse, mağsûbun-minh kendi ekmeği olduğunu bilmese berî olur. *(Bezzâziyye)* Şu kadar ki gāsıb mağsûbu 899. madde vechile ismi değişecek sûretde tağyir etse de badehü mağsûbun-minhe it'âm etse berî olmaz. Şöyle ki gāsıb, buğdayı gasb ve tahn ettikden sonra mağsûbun-minhe yedirse gāsıb berî olmaz. Zîrâ gāsıb, mağsûbu bu vechile tağyir edince ona kendisi mâlik olup o halde gāsıb kendi malını yedirmiş ve teberru' eylemiş olur. *(Cevhere)*

Nitekim gāsıb, dakīki gasbederek ekmek imal yahut eti gasbederek tabh ettikden sonra mağsûbun-minhe it'âm etse berî olmaz. *(Hindiyye fi'l-bâbi'-sâdis mine'l-gasb)* Ve inde'ş-Şâfi'î *(Rahmetullahi Aleyh)* mağsûbun-minh, kendi malı olduğuna vâkıf olmadıkça redd sahîh olmaz. Zîrâ bu ahval redd değil belki hîle ve hud'adır. *(Tahtâvî)*

> Mes'ele-i Sâniye: İşbu redd keyfiyetinin sıhhati cihet-i gasbdan olduğunun tasrîhine tevakkuf etmemesidir. Bu cihetle gāsıb mâl-i mağsûbu mağsûbun-minhe hibe ve îdâ' ettiğinde berî olacağı gibi, mağsûbun-minh mâl-i mağsûbu gāsıbü'l-gāsıbdan sirkat ettiğindeberî olur. Hatta bundan sonra gāsıbü'l-gāsıb mâl-i mağsûbu mal sâhibinden istirdâd etse, mal sâhibi artık gāsıb-ı evvel ile muhâsama edemez. *(Bezzâziyye)*

893. MADDE

[**Gāsıb, ayn-ı mağsûbu sâhibi**] bulunduğu yerden elini uzatarak [**ahz edebilecek sûretde**] 890. madde mucebince mekân-ı gasbda [**önüne vaz' ettikde, hakīkaten kabz bulunmasa**] ve mağsûbun-minh kabûl etmese [**bile**] hükmen kabzedilmiş i'tibâr edilerek [**mağsûbu**] sâhibine [**reddetmiş**] ve gāsıb zamândan berî olmuş [**olur.**] Zîrâ reddedilen mağsûbun-minhin ayn-ı malı olmakla, kabûlüne ve rızâsına tevakkuf etmez.

Bu madde vechile olan redde, redd-i hükmî ıtlak olunur ki bu reddin sıhhatinde, mal sâhibinin ilminin lühûku şarttır. *(Redd-i muhtâr)* Bu maddeye tefrî'an, âtî iki mes'ele zikrolunur.

Mes'ele-i ûlâ: Gāsıb, ayn-ı mağsûbu, bu madde vechile sâhibi oturduğu ve bulunduğu mevzi'den elini uzatarak ahzedebilecek sûretde önüne vaz' ettiği halde mağsûbun-minh kabûl etmemekle, gāsıb onu alıp hânesine götürüp telef olsa, ol halde gāsıb onu tekrar gasbetmiş olur. Binâenaleyh gasb-ı sânî zemân ve mekândaki bedelini zâmin olur. *(Redd-i muhtâr)*

Mes'ele-i sâniye: Gāsıb ayn-ı mağsûbu mağsûbun-minhin kucağına koymuş iken mağsûbun-minh onu atmakla diğer biri alsa gāsıb berî olur.[11]

---

11 وفى الدين لا يبرأ الا ان يقبضه او يضعه بين يديه او فى حجره فان رمى به فقد برئ وان لم يعلم انه له, بزازيه.

1- Ahzedebilecek, amma gāsıb mağsûbu mağsûbun-minhden ol kadar uzak mevzi'e koysa ki mağsûbun-minh bulunduğu yerden kıyâm etmeden almak mükmün olmaya ve bu halde mağsûbu gāsıb bırakıp gitse de zayi olsa gāsıb berî olmaz.

2- Önüne vaz' ettiğinde, amma gāsıb mâl-i mağsûbu sâhibine getirdiği halde önüne vaz' etmeyip belki kendi yedinde iken mağsûbun-minhe al dese de mağsûbun-minh kabûl etmese, bundan sonra mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda emanet olur. Ve gāsıb bu sûretde mağsûbu alıp götürmesiyle gasb teceddüd eylemez. *(Redd-i muhtâr ani'l-Bezzâziyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

[**Amma telef olan**] veya itlâf ve istihlâk edilen ve kıyemiyyattan bulunan [**mağsûbun kıymetini**] gāsıb [**sâhibinin önüne vaz' etse hakīkaten kabz bulunmadıkça zamândan berî olmaz.**] Zîrâ mağsûbun bedelini vermek mübâdele olup, mübâdele ise ya terâzî-i tarafeyn yahut şüf'ada olduğu gibi hükm-i hâkim ile olur. Bu halde 895. madde vechile mu'âmele olunur.

Müstevda' vedî'ayı itlâf etmekle bedelini i'tâ edecek olduğunda, bu madde vechile mu'âmele cereyân eyler. *(Redd-i muhtâr)*[12]

Hakitaten kabz, mağsûbun-minh bedel-i mağsûbu rızâsıyla eline almakla hâsıl olduğu gibi, gāsıb mağsûbun bedelini mağsûbun-minhin eline yahut hicrine vaz' etmesiyle dahi olur. *(Bezzâziyye)*

Mecelle'deki "kıymetini" ta'bîri mislinden itiraz için değildir. Binâenaleyh telef olan mağsûbun mislini gāsıb sâhibinin önüne vaz' etse hakīkaten kabz bulunmadıkça zamândan berî olmaz. Zîrâ bu da mübâdeledir.

894. MADDE

Bir kimse üzerine diğer kimesne için vâcib olan hakkını ol kimse mahall-i mahûfda îfâ edecek olsa, o kimesnenin kabûl etmemeğe hakkı vardır. Bu zabıta üzerine müteferri' mesâil:

Gasbdan: [**Ayn-ı mağsûbu gāsıb**] kuttâ-ı tarîkın muhâceme ettikleri mevzi' gibi [**bir mahall-i mahûfda sâhibine teslîm etse**] sâhibinin [**kabûl etmemeğe hakkı vardır.**] Velev ki şu teslîm madde-i ânifenin fıkra-i ûlâsı vechile buluna. Zîrâ bu halde emvâl, eyâdi-i lüsûsa geçmiş addolunur. [**Ve gāsıb bu sûretde**] yâni mahall-i mahûfda teslîm edip de mağsûbun-minh kabûl etmediği takdirde bırakıp gitse [**zamândan berî olmaz.**] *(Behce)* Amma

12 بخلاف الوديعة فانه يبرأ اذا وضعها بين يدى صاحبها وكذلك عين المغصوب يبرأ بوضعه بين يديه والفرق ان الواجب فى قبض الدين حقيقة القبض ليتحقق المعاوضة وفى الوديعة والغصب يتحقق الرد بالتخلية لعدم المعاوضة. جوهره.

kabûl ederse yine zamândan berî olur. Çünkü hak kendisinin olmakla onu iskāt edebilir. Gāsıbın, bazı nev' mağsûbu mekân-ı gasbdan başka mahalde teslîm edebileceği 890. madde şerhinde izâh olunmuş idi.

Bu maddede mahall-i mahûf denilmesi, yâni mahallin mutlak olarak zikrolunması delâlet eder ki, mahall-i mahûf mekân-ı gasb olsa dahi gāsıbın kabûl etmemeğe hakkı vardır. Şöyle ki bir kimse diğer kimesneden bir karyede bir koyun gasbettikden sonra ol karyeye kuttaı't-tarîk ve eşkıya muhâceme ederek gasb ve nehb-i emvâle mübâderet ettikleri sırada, gāsıb yedinde aynen mevcûd olan mağsûb koyunu mağsûbun-minhe redd ve iâde etse kabûl etmeyebilir.

Kefaletden: Kefilün bi'n-nefs mekfulün-bihi muhâsama mümkün olmayan yerde teslîm ettiğinde, kabûl etmemeğe hakkı bulunduğu 663. maddeden müstefâd olur. Mezkûr maddenin şerhine bak.

Deynden: Medyûn borcunu bu gibi kuttâ'-ı tarîk ve lüsûsun misâfirinin yollarını keserek mallarını almağa başladıkları bir mevzi'de dâyinine teslîm ve te'diye edecek olduğunda, müftâ-bih olan kavle göre dâyinin kabûl etmemeğe hakkı vardır. *(Behce)*

895. MADDE

[**Gāsıb telef**] veya itlâf ve istihlâk veya zâyi' edilmiş [**olan mâl-i mağsûbun kıymetini**] yahut mislini [**sâhibine getirip de kabul etmese, hâkime mürâca'at ile**] sâhibi mağsûbun telefini tasdik ettiği yahut gāsıb telefi bi'l-beyyine isbât eylediği halde derhal, ve illa 890. madde şerhi vechile gāsıb bir müddet hâkim tarafından habsedildikten sonra bedel-i mağsûbun [**kabûlünü emr**] yâni mağsûbun-minhe cebr [**ettirir.**] Ve emir ve cebrin ma'nâsı bi't-tahliye önünen vaz' etmekle kābız addolunmasıdır. *(Bezzâziyye)*

Meselâ gāsıb, telef olan mağsûb bargirin kıymet-i hakīkīyyesini mağsûbun-minhe i'tâ edecek olduğunda, mağsûbun-minh "Kıymetini almam, bargirim gibi bir bargir alıver." deyip kabûl etmeyince, gāsıb hâkime bi'l-mürâca'at hâkim dahi kıymetini kabûl etmesiyle mağsûbun-minhi mahkûm eder. Bundan sonra bargirin kıymetini mağsûbun-minhe redd ve teslîm ile gāsıb berî olacağı gibi, gāsıb kıymet-i mezkûreyi mâlikinin eline veya kucağına, önüne vaz' etse yine zamândan berî olur. Amma gāsıb bilâ-emri'l-kādı kıymet-i mağsûbu mağsûbun-minh ahzedebilecek sûretde önüne vaz' etse berî olmaz.

Şu kıymetin tayini mes'elesi 891. madde şerhinde izâh olunan usule tâbi' olur. Yoksa mücerred mağsûbun kıymeti bu kadardır diye gāsıb tarafından verilen miktarın kabûlüne mağsûbun-minhe cebredilemeyeceği der-kârdır.

Suâl: Gāsıb müdde‘â-aleyh ve mağsûbun-minh müdde‘â ve müdde‘înin ve tâlibin hakkını taleb ve ahza icbarı gayr-i câiz bulunduğu halde bu maddede gāsıbın da‘vâsının kabûlüyle ahz-ı hakka mağsûbun-minhe cebredilmesinin sebebi nedir?

Cevâb: Gāsıb-ı müstehlik için tebrie-i zimmet ederek mesûliyet-i dünyeviyye ve uhreviyyeden halâs olmak hakkı bulunmakla bu hakkını istihsal makasadıyla gāsıbın teslîm-i bedel da‘vâsı mesmû‘dur. *(Cevhere)*

893. madde şerhinde zikrolunduğu üzre burada kıymet ta‘bîri ihtirazî olmayıp telef olan mâl-i mağsûbun mislini getirip de kabul etmese hüküm böyledir.

896. MADDE

[**Mağsûbun-minh sabî olduğu halde**] yâni bir kimse sabîden bir malı gasbettikden sonra, [**gāsıb ona mağbsubu reddettikde**] merkūm [**sabî-i mümeyyiz olup da malını hıfza ehil**] ve kādir [**ise reddi sahîh**] ve 892. madde mucibince gāsıb zamândan berî [**olur.**] Zîrâ gāsıb, fi'lini feshetmiş ve ayn-ı vâcibi eda eylemiştir. Amma ol sağîr, malını hıfza ehil ve kādir [**değil ise**] mekân-ı ahzdan bade't-tahavvül reddi [**sahîh**] ve gāsıb zamândan berî [**olmaz**]da *Mecelle*'nin 974. maddesinde mezkûr olan veliyyü's-sağîre redd edilmek lâzım gelir. Zîrâ bu vechile sağîr-i gayr-i mümeyyize redd edilmek mes'ele-i âtiye menzilinde olur. Şöyle ki bir kimse bir hayvanın zahrından eyeri aldıktan sonra eyeri yine ol hayvanın zahrına iâde etse hayvan hıfza ehil olmadığından ol kimse zamândan berî olmaz. *(Hindiyye el-babü's-sâdis)*

Şu maddenin fıkra-i ahiresi lüğaz "bilmece" olarak îrâd ve hangi gāsıbdır ki ayn-ı mağsûbu mâlikine redd ettiği halde berî olmaz diye suâl edilir. Buna cevâben denilir ki mağsûbun-minh ahz ve reddi gayr-i fârik olup da bu vechile ondan gasbedildikten sonra ona reddedilmekle berî olmaz. *(Eşbah)* Bu lüğaza diğer cevâb da 894. madde olabilir.

Mağsûbun-minh i‘tibâriyle redd-i mağsûbun dörde taksimi:

Bu madde lâyıkıyla anlaşılmak için redd-i mağsûb mes'elesi mağsûbun-minh i‘tibâriyle dört kısma taksim olunur.

Kısm-ı evvel: Mağsûbun-minh kebîr, yâni âkıl ve baliğ olmaktır. Bunun hükmü 892. maddede geçti.

Kısm-ı sânî: Mağsûbun-minh ticâretle me'zûn sabî olmaktır. Bu dahi âkıl ve bâliğ gibi olarak ona dahi redd sahîhdir. Şöyle ki mağsûb aynen mevcûd olmakla aynen redd olunsa sahîh olduğu gibi müstehlek olduğu sûretde dahi bedeli sabî-i merkūma reddelidip de

o da kabûl etse sahîh olur. (972. maddeye bak.) *(Hâniyye)* Ve kabûl etmese madde-i ânife vechile mu'âmele olunur.

Kısm-ı sâlis: Mağsûbun-minh sabî-i mahcur ise de mümeyyiz yâni hıfz ve kabz ve ahz ve redde âkıl olmaktır. Ayn-ı mağsûb buna reddolunur ise redd-i mezkûr sahîh olur. *(Bezzâziyye)*

Mecelle'nin bu maddesinin fıkra-i ûlâsında beyân olunan bu kısm-ı sânî ve sâlise dahi âmmdır. (967. maddeye bak.)

Kısm-ı râbi': Mağsûbun-minh sabî-i gayr-i mümeyyiz olmaktır. Bu takdirde gāsıb ondan gasb eylediği malı mekân-ı ahzdan tahvîl ettikten sonra ona reddeder ise sahîh olmaz. Amma mekân-ı ahzdan kable't-tahvîl reddeder ise bu redd dahi sahîh ve gāsıb istihsânen berî olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

Bu maddenin fıkra-i sâniyesinde beyân olunan redd budur.

Kısm-ı sâlisde, sabî-i mümeyyiz-i mahcura ayn-ı mağsûbun reddi sahîh ise de bedelinin seddi sahîh değildir. Şöyle ki sabî-i mahcurdan gasbolunan mal, meselâ derahim olup da gāsıb onu istihlâk ettikden sonra mislini sabî-i merkūma reddetse sahîh olmaz. Zîrâ def-i bedel, mübâdeleten temlîk ma'nâsını tazammun eder. *(Hâniyye)*

Hulâsa: Sabî, mümeyyiz olunca ona redd-i ayn-ı mağsûb sahîh olur. Gerek me'zûn olsun ve gerek gayr-i me'zûn olsun. Amma redd-i bedel-i mağsûbda sabînin mümeyyiz olması kâfî olmayıp me'zûn bulunması lâzımdır. *(Cami'u Ahkâmi's-sığâr)* Sabîye reddetmek sahîh olmadığı sûretlerde sabînin velîsi yahut velîsi gibi sağîrin malında hakk-ı tasarrufu bulunanlara reddedilmek lâzım gelir. Bunlar 974. maddede beyân olunan kimselerdir. Ve bunların madde-i mezkûredeki tertib vechile hakk-ı tasarrufları sâbit olur. Hatta sağîrin pederi ber-hayat iken sağîr-i merkūmun ceddine reddedilse sahîh ve reddeden berî olmaz. Meğer ki cedd-i merkūm baba canibinden vekîl edilmiş ola.

Nâime (uyuyan) **redde ihtilâf-ı fukahâ:**

Bundaki sabî ta'bîri nâimden ihtiraz içindir. Nâime redde tafsîlat-ı âtiye cereyân eder. Şöyle ki nâime reddin sıhhatinde, ınde Ebî Yusuf, ittihad-ı nevm şarttır. Binâenaleyh, nâim olan bir kimse, gasbolunan mal yine o nevmde iken ona reddedildiğinde sahîh olur. Çünkü gasb ile bu nâime redd lâzım ve binâenaleyh yine ona reddolunduğunda gāsıb berî olur. Meselâ bir kimse, nâimin parmağındaki yüzüğü ahzettikden sonra, yine o nevmde iken ke'l-evvel parmağına taksa berî olur. Riclinden huff ve re'sinden fes çıkarmakta dahi hüküm böyledir. Amma o nevmden uyandıktan sonra tekrar nâim olup da şu nevm-i sânîde redd etse, redd-i mezkûr sahîh ve gāsıb berî olmaz.

Ve nâime reddin sıhhatinde Inde Muhammed yalnız ittihad-ı meclis şarttır. Binâenaleyh, nâimden gasbolunan bir mal, nevm-i sânîde mağsûbun-minhe reddolunsa bu redd-i ayn meclisde olunca sahîh olur.[13]

Amma müsteykızdan gasbolunan mal, mağsûbun-minh müsteykız iken ona redd olunduğunda sahîh olur. *(Bezzâziyye ve Camiu'l-fusûleyn ve Hâniyyeve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâdis)*

897. MADDE

Mağsûbda hasıl olan hâlet i'tibâriyle mâl-i mağsûb iki kısımdır.

Kısm-ı evvel: Mâl-i mağsûbdan mâlikin hakkının inkıtâ'ını mûcib olmayacak halin hudûsüdür.

Meselâ [**Mağsûbun meyve olup da gāsıb indinde kurumak gibi hali**] kendi kendine [**tagayyür eyler ise sâhibi muhayyerdir. Dilerse mağsûbu aynen istirdâd eyler**] ki bu takdirde ne gāsıba bir şey verir ne de gāsıbdan fazla bir şey ister. [**ve dilerse**] mâl-i mağsûbu gāsıba terk ederek bedelini [**tazmîn ettirir.**] *(Mecma'u'l-enhur)* Zîrâ mâl-i mağsûb min vechin mevcûd ve min vechin âhar gayr-i mevcûd olmakla, mağsûbun-minh dilerse mevcûd olmak i'tibâriyle aynen alır, dilerse gayr-i mevcûd bulunmak haysiyetiyle bedelen alır.

Meselâ mâl-i mağsûb yaş üzüm iken kendi kendine zebîb yâni kuru üzüm yahut mağsûb yaş hurma iken temr yâni kuru hurma olsa veyahut mağsûb süt iken mahîz yâni ayran olsa, hükm-i mezkûrü cârî olur. Yâni mağsûbun-minh dilerse üzümü veya hurmayı kurumuş olduğu halde yahut mahîzı gāsıba terkle, yaş üzüm veya hurmanın yahut sütün mislini tazmîn ettirir. Cemî' misliyyâtta hüküm böyle olmakla *Mecelle*'de meyve denilmesi ihtirazî değildir. *(Hindiyye)*

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin hamrını gasbedip de bi-gayr-i şey yâni içine tuz yahut sirke gibi bir şey koymaksızın tahlîl etse sâhibi onu gāsıbdan bi-gayri şey ahz eyler. *(Hâniyye)*

Âtî'z-zikr 898. madde ile 900. madde dahi bu kısımdan yâni mâl-i mağsûbdan mâlikin hakkı munkatı' olmayacak kabîldendir. "tağyîr" ta'bîrinden anlaşılacağı üzre bu maddede beyân olunan gāsıbın fi'li ve sun'u olmaksızın kendi kendine tahavvül hasıl olması sûretidir. Amma gāsıbın fi'li ile hasıl olan tahavvülün hükmü madde-i âtiyede mezkûr olduğu üzre mezkûr meyve fi'l-i gāsıb ile kurumuş yâni meselâ yaş üzümü gasbedip de gāsıb onu kendi fi'li ve ameli ile kurutmuş olsa, ona mâlik olur. Çünkü yaş üzüme ıneb

---

13 حتى اذا اعاد فى المجلس يبرأ عن الضمان ولو فى نومة اخرى فاذا لم يحوله عن مكانه واعاده الى اصبعه اى اصبع كان او رجله زال الضمان عنه وان حوله ثم اعاده فى تلك النومة او غيرها لا يبرأ ما لم يرده اليه حالة اليقظة.

denildiği halde kuru üzüme zebîb denilir. Binâenaleyh, ismi değişmiş olur. (899. maddeye ve şerhine bak.)

Kısm-ı sânî: Mâl-i mağsûbda mâlikin hakkının inkıtâ'ını mûcib olacak halin hudûsüdür. 899. madde bu kabildendir. *(Camiu'l-fusûleyn)*

898. MADDE

Mağsûbda hasıl olan tağyîr iki kısımdır.

Kısm-ı evvel tağyîr-i vasıftır. Bunun hükmü ber-vech-i ati beyân olunur. Şöyle ki [**gâsıb eğer kendi malından**] mağsûba [**bir şey ziyâdesiyle mağsûbun bazı evsâfını tağyîr eder.**] Ve bu tağyirden dolayı mağsûbda ziyâde hasıl olur [**ise mağsûbun-minh**] üç vechile [**muhayyerdir.**]

Vech-i evvel: [**Dilerse ol mağsûbu**] gāsıba terk ederek [**tazmîn ettirir**] Yâni mağsûb kıyemiyyâttan ise kıymetini ve misliyyâttan ise mislini alır. Bu takdirde gāsıb kendi malını aynen ve mağsûbun-minh dahi kendi malını ma'nen ahzetmiş olur.

Vech-i sânî: [**Ve dilerse ol ziyâdenin kıymetini**] gāsıba [**verip aynen istirdâd eyler.**] Bu takdirde vech-i evvelin aksi olarak mağsûbun-minh malını aynen ve gāsıb malını ma'nen almış olur. Gāsıba ziyâdenin kıymeti verilmek lâzım geldi. Zîrâ ziyâde mal mütekavim ve fasl ve temyîz dahi müte'azzir olup, gāsıb irtikâb-ı cinâyet etmesiyle malının takavvümü sâkıt ve malındaki hakkının butlanı müstelzim olmaz. *(Ebussuûdü'l-Mısrî ve Tahtâvî)*

Vech-i sâlis: Dilerse bezi satarak semen-i mebî'den bez sâhibi hissesini alacağı gibi, gāsıb dahi boyasının hissesini alır. Bu vecihde mağsûbun-minh de gāsıb da mallarını ma'nen almış olurlar ki bir şeyin ma'nâsı onun kıymetinden ibâretdir.

İzâh-ı kuyûdü'l-madde:

1- Tağyîr: Bu ta'bîr kendi kendine hasıl olan tegayyürden ihtirâz içindir ki bunun hükmü madde-i anifede beyân olundu.

2- Ve bu tağyîrden dolayı mağsûbda ziyâde .....ilâ âhirihî: Amma bu ta'bîrden dolayı mağsûbda ziyâde hasıl olmayıp belki tağyîr-i mezkûr noksanlığı mûcib olur ise, ihtilâf-ı fukahâ vâki' olmuştur. Bazı fukahâya göre mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse mağsûbu gāsıba terk ederek bedelini tazmîn ettirir. Dilerse mağsûbu aynen alıp gāsıba bir şey vermez. şöyle ki meselâ gāsıb, yazın gömlek yapılmak üzre i'mâl ve telebbbüs edilen Trabzon keten bezini gasbedip siyaha boyadığında, bu boya ol bezde noksanlığı mûcib olacağından mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse gāsıba terkle bedelini tazmîn ettirir. Dilerse aynen alarak gāsıba bir şey vermez. *(Cevhere)*

Diğer bazı fukahâya göre ol boya, kıymetçe ziyâdeliği mûcib olan diğer bezde farz olunarak ziyâdeyi gāsıba verir. Şöyle ki meselâ İstanbul'da gömlek için isti'mâl olunan Trabzon keten bezinin kable's-sıbğ kıymeti otuz kuruş iken, ba'de's-sıbğ kıymeti yiğirmi kuruş etse, yâni boya sebebiyle beze on kuruş noksan kıymat hâsıl olsa İmam Muhammed'den olunan rivayete göre ol boya, kıymetçe ziyâdeliği mûcib olacak diğer bezde farzolunarak, ol boya mezkûr diğer bezde beş kuruşluk ziyâdeliği mûcib olur ise, mağsûbun-minh bezi almakla beraber noksan kıymet olmak üzre beş kuruşu tazmîn ettirir. Amma diğer beş kuruş boya sebebiyle olan ziyâdeye mukābil tutulur. Çünkü mağsûbun-minhin boya sebebiyle on kuruş noksanı tazmîne hakkı olduğu gibi gāsıbın dahi beş kuruş boya bahası almağa hakkı sâbit olduğundan, beş kuruş on kuruştan lede't-tenzîl mağsûbun-minh, gāsıbdan noksan-ı kıymet olmak üzre yalnız beş kuruş alır. *(Hidâye ve Aynî ve Redd-i muhtâr)*

Zeyla'î diyor ki mağsûbun-minh mâl-i mağsûbun tamamını almak hakkını hâiz iken, bu mes'elede mağsûbun küllîsi mağsûbun-minhe vasıl olmamış ve boya ile mağsûbun-minh müntefi' olmadıktan başka boya, malının telefini yâni kıymetinin noksanını mûcib bulunmuş olduğu halde boyanın kıymetini bu vechile mağsûbun-minhe verdirmek müşküldür. İnteha. Kavl-i evvel bu gibi i'tirâzdan salim ve binâenaleyh şayan-ı tercih bulunmuştur.

[**Meselâ mağsûb olan bezi gāsıb boyamış**] ve bu sebeble bezin kıymeti tezâyüd eylemiş [**olsa**], boyanın bezden tefrîki müte'azzir olmakla [**sâhibi**] yâni mağsûbun-minh ber-vech-i âtî üç vechile [**muhayyerdir.**]

1- [**Dilerse**] boyanmış bezi gāsıba terk ederek [**bezini tazmîn ettirir**] ki o bez kıyemiyyâttan ise boyanmamış olduğu haldeki kıymetini ve misliyattan ise boyanmamış olarak bezin mislini mağsûbun-minh gāsıbdan alır. (1119. maddeye bak.)

2- [**Ve dilerse boyanın bahasını**] yâni boya sebebiyle bezde hasıl olan ziyâdenin yevm-i husûmetdeki kıymetini nükūddan alarak gāsıba [**verip**] boyanmış olduğu halde [**aynen bezi istirdâd eyler.**] Ve boyanın bahası ber-vech-i âtî ta'yîn olunur. Şöyle ki evvela bez boyanmış olduğu halde takvîm olunacağı gibi; sâniyen boyanmamış olduğu halde takvîm olunur. İki kıymet beynindeki fark ve tefâvüt ne ise boyanın bahası olur.

3- Ve dilerse sâhibi, boyanmış bezi bey' ederek semen-i mebî'a bezin boyanmamış olduğu haldeki kıymeti darbolunarak bunu bez sâhibi alacağı gibi semen-i mebî' mezkûre boyanın ziyâde ettiği dahi darbolunarak bunu dahi gāsıb ahzeder. *(Hindiyye fi evveli'l-babi's-sânî)*

Bu vechile mağsûbun-minhin muhayyerliğinde iki tarafın menfa'ati gözetilmek ve iki tarafın hakkına mürâ'ât edilmek hasıl yâni hem gāsıbın hem de mâlikin hakkına mürâ'ât ve iki tarafın hakkı sıyanet edilmiş olur. *(Ebussuûdü'l-Mısrî)*

Suâl: Bu muheyyerlik bilhassa sâhib-i sevbe verilip, sâhib-i sıbğ bulunan gāsıba niçin verilmedi? Denilmedi ki gāsıb muhayyerdir, dilerse bezi mağsûbun-minhe terk edip boyanın kıymetini tazmîn ettirir; ve dilerse bezin bahasını verip alır.

Cevâb: Bez asıl ve metbû' ve boya vasıf ve tâbi'dir. Hatta sevb-i mesbuğ denilmesi de buna delâlet eder. Bu halde sâhib-i sevb, sâhib-i asıldır. Amma sâhib-i sıbğ, sâhib-i vasıftır. Binâenaleyh sâhib-i sevbin tahyîri evlâ olur. *(Ebussuûdü'l-Mısrî ve Cevhere)*

Gāsıb, ber-vech-i mezkûr bezi boyadıktan sonra âhara bey' ve müşteriye teslîm birle gāib olup, ba'dehü bez sâhibi hazır olur ise, bezin mağsûbun-minhe redd ve iâdesiyle müşteri mahkûm ve bez sâhibinden boyanın bedeli için kefil ahzedilir. Ve bu hüküm ile bey' dahi müntekız olur. *(Hâniyye fi'l-bâbi'-sânî)*

Râhin, yed-i mürtehindeki merhun sevbi, bu vechile boyadığında, rehniyetten çıkarak râhin onun kıymetini mürtehine zâmin olacağı gibi, hem sevbi hem de boyayı rehin ve teslîm ettikden sonra mezkûr sevbi ol boya ile râhin boyadığında, mürtehin muhayyer olur. Dilerse sevb ve boyanın bedellerini tazmîn ettirir. Dilerse boyanmış sevbi kabûl ederek yedinde rehin olmak üzre imsâk eder. *(fi'l-bâbi'-sânî mine'l-gasb)* (741. maddeye ve şerhine bak.)

İzâh-ı kuyudü'l-misâl:

1- Bezi: Bu kayıt, boya gasbedilerek mezkûr boya ile gāsıb kendi bezini boyamak sûretinden ihtiraz içindir. Hatta bez sâhibi boyayı gasbederek mezkûr boya ile kendi bezini boyadıktan sonra âhara satsa, boya sâhibi müşteriye mürâca'at edemeyip belki bez sâhibi, boyanın bedelini zâmin olur. *(Hâniyyefi'l-bâbi'-sânî)*[14]

Nitekim bir kimse bir hâneyi gasbederek tacsîs etse yâni kireç ile sıvatsa, mâlik hânesini aldığında tacsîsden dolayı hasıl olan ziyâdenin kıymetini gāsıba verir; yahut gāsıbın kendi kirecini almasına razı olur. *(Ankaravî)* Fakat 529. madde şerhinde dahi izâh olunduğu üzre gāsıbın kirecini alabilmesi, kireç ba'de'n-nakz mal halinde kalıp, menkūzun kıymeti olduğu sûrettedir ki buna, meremmet-i gayr-i müstehleke denilir. Amma ba'de'n-nakz, menkūzun asla değeri olmayacağı ma'lûm olur ise -boya ve badana gibi- gāsıb bunları ahzedemez.[15]

14 ان كان يكال فمثل كيله وان كان يوزن فمثل وزنه وان كان مما لايكال ولا يوزن فقيمته يوم اخذه وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب متبوع وليس بتابع. جوهره.

15 وكذا لو نقشها بالاصباغ فان شاء اخذها واعطى الغاصب ما زاد الصباغ فيها, هنديه فى الباب الثانى.

2- Gāsıb boyamış olsa, bunda fi'l-i sıbğ gāsıba isnâd olundu. Zîrâ bir kimesnenin sun'ı olmaksızın meselâ rüzgarın, bezi boya fıçısına ilkā etmesiyle bir kimsenin bezi boyanmış olsa, bez sâhibi *Mecelle*'de mezkûr olduğu üzre muhayyer değildir. Bu sûretde tarafeyn bir şey üzerine terazî ederler ise bu terazî câiz olur. Ve illâ vücûh-u selâse-i âtiye vechile mu'âmele olunur.

1. Bez sâhibi tarafından boyanın bedeli boya sâhibine te'diye edilir.

2. Sevb-i mesbûğ hakları miktarınca beynlerinde müşterek olur. Yâni sevbin gayr-i mesbuğ olarak kıymeti yiğirmi ve mesbuğ olarak kıymeti otuz guruş olunca, sülüsân ve sülüs olmak üzre müşterek olur.

3. Bez bey' olunarak, semeni alacakları miktarınca taksim kılınır. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî ve Cevhere Hâniyye ve Tahtâvî)* Zîrâ hiçbiri tarafından sebeb-i zamân olacak bir fi'l yapılmadığı cihetle bunlardan birine zamân tertib etmek gayr-i mümkün olmak mülâbesesiyle ikisinin şerik olmaları lâzım geldi. *(Aynî ve Hâniyye)*

3- Boyamış, boya burada mutlak olarak zikrolunduğu cihetle siyah boyaya dahi şâmil olur. Kırmızıya ve sarıya boyadığında hüküm, Mcelle'de mezkûr olduğu üzre olması müttefekun-aleyha bir mes'ele ise de, siyaha boyamak mes'elesinde ihtilâf-i müctehidîn vâki' olmuştur. Gāsıb mağsûb beyaz bezi siyaha boyadığında İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âla'ya göre mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse, beyaz olarak kıymetini tazmîn ettirir, ve bezi gāsıba bırakır. Ve dilerse siyaha boyalı olarak alıp gāsıba bir şey vermez. İmameyn'e göre, siyah rengin elvân-ı sâireden farkı olmayıp şu maddenin hükmü siyah renkte dahi cây bulunmuştur. İhtilâf-ı mezkûr ihtilâf asır ve zemanda olup yoksa ihtilâf hüccet ve burhan değildir. *(Dürr-i münteka)* Zîrâ İmam-ı A'zam zemanında siyah boya ziyâde addolunmaz idi. Amma İmameyn evânında ziyâde addolunur idi. Çünkü İmam-ı A'zam siyahı giymekten imtinâ' eden Benî Ümmiye zemanında bulunmuş iken, İmameyn siyah elbiseyi telebbüs eden Benü'l-Abbas zemanında bulunmuşlar idi. (39. maddeye bak.) Hatta Harunürreşid, ne renk elbisenin giyilmesi münasib olacağını İmam Ebi Yusuf'tan suâl ettiğinde, müşarunileyh "ahsenü'l-elvan, mâ kütibe bihi'l-Kur'ân" yolunda cevâb vermiş ve halife dahi bunu istihan etmiş olmakla siyah elbiseyi isti'mâle başladığı gibi, ondan sonra gelen hulefa dahi ona tâbi' olmuşlardır. *(Tahtâvî)*

Elbiseyi nişastec ve tutkal ile kassâra yâni kolalamak, sıbğ gibi olduğu misillü tâhir ile veşem yâni çividlemek dahi boya gibi olup, amma neces ile veşem tenkīsdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Nitekim mağsûb beze, gāsıb saçak yaptığında eğer bezin cüz'ünden yaparsa, ziyâde addolunmayıp sâhibi bilâ şey alır ise de harîr ile yaparsa sıbğ gibi olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'-sânî)*

Kezâlik gāsıb hem bezi hem de boyayı bir şahıstan gasb edip boyadığında mâlik muhayyerdir. Dilerse bezi masbuğ olarak ahzeder. Ve gāsıb bununla zamândan berî olur. Dilerse gerek bezin ve gerek boyanın bedellerini gāsıba tazmîn ettirir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Boyamış olsa ta'bîri, sabun veya çoğan ile gasilden ihtiraz içindir. Zîrâ gāsıb ve mağsûb sevbi gaslettiğinde mağsûbun-minh gāsıba bir şey vermeksizin onu istirdâd edebilir. Gerek sabun ile gasletsin, gerek çoğan ile gasletsin. Çünkü bu vechile gasil sebebiyle rubada bir ayn ziyâde edilmiş olmayıp gasilde isti'mâl olunan çoğan ve sabun telef olarak aynda eser kalmaz. *(Cevhere ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Gāsıbın sevb-i mağsûbu boyadığı boya, gerek kendi malı olsun ve gerek diğerinden gasbetmiş olsun hüküm tahallüf etmez. Şöyle ki gāsıb bezi Zeyd'den ve boyayı Amr'dan gasbedip de mağsûb bezi mağsûb boya ile boyasa, boya sâhibine boyayı zâmin olup ondan sonra mağsûb bezi guya kendi boyasıyla boyamış gibi olarak bu maddedeki ahkâm bunda dahi cârîdir. *(Ayni).*

Bu takdirde sevb ile boya sâhibleri sevbi masbuğ olarak almağa müttefik olsalar dahi câiz olmaz. Belki bâlâda zikrolunduğu üzre ruba sâhibi sevbi alıp boya sebebiyle hasıl olan ziyâdeyi gāsıba zâmin olur. Boya sâhibi dahi boyasının bedelini gāsıba tazmîn ettirir. *(Hindiyyefi'l-bâbi's-sânî)*

4- Muhayyerdir, muhayyerlik ale'l-ıtlak zikrinden anlaşılıyor ki boyanın kıymeti bezin kıymetinden ziyâde olsa dahi hüküm minval-ı meşrûh üzre olur. Bu sûretde 902. madde mucibince ekall, eksere tâbi' olmaz.

5- Bahası, esna-yı şerh-i maddede zikrolunduğu vechile kıymet-i sıbğda mu'teber olan sıbğın yevm-i husûmetteki kıymeti olup yoksa beze yevm-i ittisaldeki kıymeti mu'teber değildir. *(Ebussuûdü'l-Mısrî)* Yâni mağsûbun-minh boya sebebiyle bezde hâsıl olan ziyâdeyi nükūddan olarak gāsıba te'diye eder.

906. maddesinde gāsıb binayı hedme mecbûr edilmiş iken bu maddede gāsıb boyasını tefrîka mecbûr ediliyor. Zîrâ boyanın bezden tefrîki müte'azzir olup, meselâ gasl ile tefrik edilse, boya suya karışıp zâyi' olur. Lâkin binanın ba'de'n-nakz dahi vücudu vardır. *(Ebussuud)*

Ziyâdede ihtilâf: Gāsıb, mağsûb bezi ber-vech-i bâlâ boyamış olduğunu ve binâenaleyh bu madde hükmünce ziyâdenin bedelini almağa hakkı bulunduğunu da'vâ

ve mağsûbun-minh boyanmış olduğu halde kendisinden gasbedildiğini iddiâ ettiğinde söz mağsûbun-minhindir. Ve ikisi de ikāme-i beyyine etseler gāsıbın beyyinesi tercih olunur. Bina-i dârda ve hılye-i sefîde ihtilâf olunduğunda hüküm yine böyledir. *(Bezzâziyye)*[16]

Kısm-ı sânî: Tagayyür-i zâttır. Buna dâir tafsîlat madde-i âtiyede mezkûrdür.

899. MADDE

[**Gāsıb eğer mâl-i mağsûbu, ismi değişecek sûretde tağyîr ederse**] mâlikin hakkı ve mülkü mağsûbdan zâil ve munkatı' ve gāsıb ona mâlik olacağından, onun bedelini mağsûbun-minhe [**zâmin**] olması lâzım [**olur.**] Yoksa mağsûbun-minh ol malı ber-vech-i muharerr mütegayyir olduğu halde ahzedemez. Zîrâ ismin tebeddülü aynın tebeddülüne delâlet ederek, guya ayn-ı mağsûb bâkī ve mevcûd bulunmamakla, mağsûbdan mâlikin hakkı munkatı' ve gāsıb tebdîl ve tağyîr-i mağsûb ederek ta'addî eylemiş olmasından dolayı üzerine zamân lâzım gelir. *(Ebussuud)*

Asıl: Mesâil-i gasbda iki asıl vardır.

Asl-ı evvel: İsmin tebeddülüyle hakk-ı mâlikin inkıtâ'ına istidlâl olunur. Bu asıl, mesâil-i gasbın âmmesine şâmil olur. İmdi gāsıb, mağsûb buğdayı un veya mağsûb unu ekmek veya mağsûb bezi gömlek veya mağsûb ipliği bez veya mağsûb havsı yâni hurma yaprağını zenbil veya mağsûb tahtayı kapı veya mağsûb demiri seyf veya zahr-ı ganemdeki sofu cüz ederek lebud -keçe ve kilim- veya mağsûb susamı bi't-tağsîr yağ veya mağsûb turabı kerpiç veya evânî veya kiremit veya mağsûb asîri hall (sirke) yapmak ile mağsûbun ismi değişmiş ve hakk-ı mâlik munkatı' olmuş olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî ve fi'r-râbi'ı aşara ve Kifâye ve Aynî ve Hâniyye)*

Meselâ mağsûb buğdayı gāsıb un yaptığında istihlâk eylemiş olur. İstihlake delil dahi şudur: Ba'de't-tahn ism-i hınta zâil olacağı gibi sûret ve ma'nâsı dahi zâil olmuş olur. İsmin zevâli şu vechile isbât olunur. Kable't-tahn ismi hınta iken, bade't-tahn dakîk tesmiye olunmuştur. Zeval-i sûret dahi ber-vech-i âtî isbât olunur. Kable't-tahn meşkûkatü'l-batn habbe, yâni karnı yarık dâne iken, bade't-tahn mezkûr sûret kalmamıştır. Ma'nâsının zevâli dahi şundandır: Evvelce yâni kable't-tahn zirâata ve kalye[17] ve tabh-ı herîse gibi şeylere salih iken, bade't-tahn bunlara salih olmaz. İmdi, hınta ile dakîk arasında şu vücuh ile tegābür sâbit olduysa dakîk hıntadan başka bir cins olmuş ve ondan hakk-ı mâlik munkatı' olarak artık mağsûbun-minhin dakîki ahzda hakkı kalmamıştır. *(Tahtâvî)*

---

16 ولو اختلفا فى متاع موضوع فى الدار المغصوبة او فى آجر موضوع او فى باب موضوع فالقول قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه.

17 Kaly: Buğdayı kavurmak.

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin mülk arsasındaki toprağı alıp kiremit i'mal etse, o kimesne kiremide müdahale edemeyip toprağın mahallindeki bedelini tazmîn ettirir.[18] Ve hatta toprağın mahallinde kıymeti bulunmaz ise gāsıb üzerine nesne lâzım gelmez. (881. madde şerhine bak.) Ve bu halde gāsıbın mezkûr kiremit ile intifâ' etmesinde beis yoktur. *(Kifâye ve Aynî ve Hâniyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâlis)*

Kezâ bir kimse, diğer kimesnenin koyununu gasbederek kesip pişirdikten sonra mâliki "Kıymetini almam koyunumu pişmiş olarak alırım." dese, buna iltifât olunmaz. Zîrâ mağsûbun-minhin ol etten mülkü zâil olmuştur.

Kezâ bir kimse, fülüsü gasbedip ondan ânâ' imal eylese gāsıb fülüsü zâmin olur.[19] Nitekim bir kimse dûdü'l-koza yâni ibrişim tohumunu gasbedip terbiye ederek kurtlar çıksa, bunlar gāsıbın olup gāsıb, bedelini mağsûbun minhe zâmin olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Kezâ bir kimse, kavunu gasbedip onu şeraid kılsa yâni müteaddid dilimlere taksim etse hakk-ı mâlik munkatı' olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'i aşara)*

Asl-ı sânî: İsmin bakāsıyla hakk-ı mâlikin adem-i inkıtâ'ına istidlal olunur. Bu asıl dahi mesâil-i gasbın ammesine şâmil olur.

Mağsûb kavundan bir parça kesmesi ve ürzü yâni çeltiği gasbedip takşir etmesi yâni kabını ve kışrını soyması ve hıntayı gasbedip keşk ittihaz etmesi yâni kabını ve kışrını çıkarması ve koyunu gasbedip yalnız zebhetmesi ve hatabı gasbedip kat'eylemesi gibi. Bunların bazıları karîben izâh olunur. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'i aşara)*

Îzâhu'l-kuyūd:

1- Gāsıb: Bu fıkrada tağyîrin gāsıba isnad edilmesiyle iki mes'eleye işaret olunur.

Mes'ele-i ûlâ: Mağsûbun-minh, tağyîr ederse gāsıb mesuliyetden berî ve mağsûbun-minh, mal-i mağsûbu istirdâd etmiş olur. (792. madde şerhine bak.) Şöyle ki mesela bir adam diğer kimesneden on kile buğdayı gasbedip o kimesneye bi'l-i'ta, "Benim için un yap." demekle o da un yaptıktan sonra kendi malı olduğuna muttali' olsa, dakîki imsâk edebilir. Nitekim bir kimse, diğer kimesneden iplik gasbedip badehü ol kimse, mezkûr ipliği bez nescetmek üzre o kimesneye bi'l-i'tâ o da nesc etse de sonra kendi malı olduğuna muttali' olsa, bezi gāsıba i'tâdan imtinâ' eder. *(Hâniyye)*

Mes'ele-i sânîye: Bir kimse diğer kimesnenin malını o kimesnenin emir ve izniyle bu madde vechile tağyîr ederse, mütegayyer, mal sâhibinin olur. (95. maddeye bak.) Şöyle ki bir kimse diğer kimesnenin pamuğunu onun izniyle eğirse, iplik o kimesnenin olur. Bu sûretde ol kimesne "Emrimle eğirdin, iplik benimdir." ve ol kimse

18 Arazi kanununun on ikinci maddesinin fıkra-i saniyesi, bu mes'ele-i şer'iyye üzerine mebnî bulunmuştur.

19 لانه اخرجها عن كونها ثمنا, هنديه فى الباب الثانى.

"Bilâ-emr eğirdim hakkın munkatı' oldu." diye ihtilâf etseler, söz pamuk sâhibinindir. Her ne kadar 9. maddeye mebnî asıl olan adem-i izin ise de o kimesnenin bundan maksûdu mülk-i gayra istihkāk olmakla sözü kabûl olunmaz. *(Hâniyye)* Ve kadının zevcinin pamuğunu eğirmesi mes'elesi için Hâniyyede tafsîlat vardır.

2- İsmi değişecek sûretde: Amma gāsıb ismi değişmeyecek sûrette tağyîr ederse, mâlikin hakkı munkatı' olmaz. Bunu üç misâl ile izâh edelim. Evvelen, gāsıbın mağsûb koyunu yalnız zebhetmesi sâniyen, mağsûb odunu gāsıbın kesmesi, ve sâlisen, külçe altın ve gümüşü gāsıbın para darb veya kâse imal eylemesi gibi tağyîrler mâlikin hakkının inkıtâ'ını mûcib olmaz. Bunlar, ber-vech-i âtî izâh olunur.

Koyunun zebhinin izâhı: Gāsıb, mağsûb koyunu yalnız zebhetse ve hatta selh ederek parçalasa, ismi değişmiş olmaz. Çünkü bu vechile zebholunan koyuna "şat-ı mezbûha" ıtlak olunur. *(Kifâye)* Fakat gāsıb, bu vechile zebh ettiğinde derr ve nesil gibi a'zam-ı menâfi'i fevt olduğundan, bade'z-zebh gerek parçalamış olsun gerek olmasın mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse mezbûhan ahzedip noksanını tazmîn ettirir. Dilerse gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir. *(Hindiyyefi'l-bâbi's-sânî)* Çünkü bu halde nesil gibi bazı menâfi'i fevt ve lahmiyyet gibi bazı menâfi'i bâkî olmakla, min vechin telef olmuş ve min vechin bâkī bulunmuş hükmünde olduğundan mağsûbun-minh ber-vech-i mezkûr muhayyer kılındı. Zîrâ zebh-i şat ayndan bir cüzünün fevâtı ve bazı ağrazının tefvîti i'tibâriyle noksandır. *(Kifâye ve Ebussuûdü'l-Mısrî)*

Mezkûr hayvan gerek zebh için i'dad edilmiş olsun ve gerek kunye ve hıfz için i'dad olunmuş olsun. Zebh için mu'add olduğu takdirde zaman lâzım gelmesi şundandır. Mal sâhibi onu bir müddet besleyip semizlendirmek yahut bir vakt-i münasibini bekleyip ol vakit kesmek gibi bazı makâsıdı bulunması muhtemel olmakla ol hayvandan izâle-i hayat, ayb addolunur. *(Hidâye).*

Me'kûlü'l-lahm hayvanın ön yahut arka ayaklarını kesmek zebh hükmündedir. Binâenaleyh mağsûbun-minh, zebh, takdirinde muhayyer olduğu vecih üzre ayakları kesmek sûretinde dahi muhayyer olur. *(Mecma'u'l-enhur)* Amma gayr-i me'kûlü'l-lahm bir hayvanı zebh yahut bir veya iki ayağını kat' ettiğinde bakılır. Eğer kat' veya zebh ettikden sonra bir gûna menfa'ati kalmaz ise min küllî vechin istihlâk edilmiş demek olmakla mal sâhibi onu yalnız tazmîn ettirir. Hımarı min gayr-i zebhin katl gibidir ki, katledilmesiyle cild ile dahi kıbeli'd-debbâğa intifâ' olunamaz. Ve eğer kat' veya zebhden sonra dahi bir menfa'ati ve kıymeti kalır ise -zebh debbâğat menzilinde olmakla mezbûh hımarın derisi para etmek gibi- mezbûhu veya maktûu ahz ile beraber noksanını dahi tazmîn ettirir. *(Kifâye).*[20]

---

20 ولو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان ولكنه يضمنه جميع القيمة عند ابى حنيفه وعند محمد للمالك ان يمسكه ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح, هنديه فى الباب الثانى.

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin bargirine bilâ-izin binip giderken ayağı kırılıp amel-mânde olsa, o kimesne o bargiri ol kimseye terk ile bargirin kıymetini tazmîn ettirir. *(Mecma'u'l-enhur ve Behce)* Buna dâir tafsîlat bu kitabın nihayetinde "hâtime" ünvanı tahtında beyân olunur.

Gāsıbın mağsûb odunu kesmesi: Gāsıb mağsûb odunu fâhiş sûrette kesse ve hatta bundan dolayı kıymeti tezayüd eylese dahi ona mâlik olamaz. Zîrâ ismi değişmiş ve hatta mevhûbün-leh, odunu kesmesi ile vahibin rücû' hakkı munkatı' olmuş olmaz. *(Mecma'u'l-enhur ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî ve Tahtâvî)*

Mağsûb altun veya gümüşün darbı veya ondan kâse ve tabak i'mâli: Gāsıb mağsûb külçe altın veya gümüşü para darb veya onlardan tabak ve kâse i'mâl etse, İmam-ı A'zam'a göre hakk-ı mâlik munkatı' olmayıp mâlik, bunları meccânen alır. Zîrâ ayn-ı mağsûb min küllî vechin bakīdir. Şu cihetle ki, ismi bâkī olduğu gibi ma'nâ-yı aslîsi olan semeniyyet ve me'zûniyyet dahi bâkīdir. Lâkin İmameyn'e göre mâlikin hakkı munkatı' ve bunu istirdâd etmek selahiyyeti sakıt olur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)* Lâkin gāsıb, mağsûb olan külçe altın veya gümüşten safâih-ı mutavvele veya müdevvere veya murabba'a ittihaz etse, bi'l-icmâ' hakk-ı mâlik munkatı' olmaz. *(Hindiyye fî zalike'l-mahal)*.

"İsmi değişecek" fıkrasına "a'zam-ı menâfi'i fevt olacak" ibaresinin zammı lâzım mıdır? Bazı kütüb-i fıkhiyyede bu madde "ismi değişecek ve a'zam menâfi'i yâni ekser mekāsıdı zâil olacak sûrette tağyîr ilh." diye mezkûr olduğu halde diğer bazı kütüb-i fıkhiyyede *Mecelle*'de mezkûr olduğu gibi yalnız "ismi değişecek sûrette tağyîr ......ilh." diye mastur bulunmuştur. Her ne kadar ***Kuhistânî*** zevalü'l-ism, zeval-i azam-ı menâfi'i müstelzim olmayacağı iddiasında bulunmuş ise de ekser fukahâ, zevalü'l-ism zeval-i a'zam-ı menâfi'i îcâb edeceğinden ve "a'zam-ı menâfi'i zâil olsa" ta'bîrinin ilâvesine lüzûm olmadığını ve meselâ buğday, buğday iken tohum olabileceği gibi, herîse ve keşk ve nişasta i'mal olunur. Amma un yapıldığındaismi değiştiği gibi tohum olmak ve herise ve nişasta i'mal olunmak selahiyyetinden dahi çıkar. İşte, isim değişmesiyle a'zam menâfi'i dahi zâil olacağını beyân eylemişlerdir ki *Mecelle*'de dahi bu vechile kabûl edilmiştir.

3- Tağyîr ederse: Amma gāsıbın fi'li olmaksızın tagayyür ederse ınebin zebib veya hamrın hall veya ratbın temr olması gibi. Bunun hükmü 897. maddede beyân olundu

[**Ve ol mal kendüye**] yâni gāsıba [**kalır**] yâni gāsıbın mülkü olur. Zîrâ gāsıb onda sanat-ı mütekavvimeyi ihdâs ettiği cihetle hakk-ı mâlik, min küllî vechin hâlik kılınmış ve binâenaleyh ismi değiştiği gibi a'zam-ı menâfi'de fevt olmuş iken gāsıbın

sıfatdaki hakkı, min küllî vechin bâkī olmakla min küllî vechin hâlik olan mal sahibinin hakkı üzerine tereccüh eder. *(Hidâye).*

Gāsıbın ihdâs ettiği sanatın mütekavvime olması şundandır. Meselâ koyunu pişirmek ve kebab yapmak ve buğday un edilmek ile kıymeti tezayüd eyler. Mâlikin hakkı min küllî vechin halik olmasının sebebi şudur: Bir şeyin kıyâmı ancak sûret ve ma'nâsıyla bilinip, sûret ise fevt olmuştur. *(Ayni)*

İmdi, gāsıbın ber-vech-i mezkûr tağyîrinden sonra mal sâhibinin hakkı munkatı' olur ise de, gāsıbın mâl-i mağsûba mâlik olması zaman ile meşrut mudur, yoksa kable'z-zaman dahi mücerred tağyîr ile ona mâlik olur mu? Bunda ihtilâf olunmuştur. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Bâzı ulemaya göre gāsıb, mağsûbu mücerred tağyîr eylemesiyle ona mâlik olur. Zîrâ mâlikin hakkı ve mülkiyeti munkatı' olmuş iken gāsıb ona mâlik olmasa mülk, bilâ-mâlik olması lâzım gelir. Fakat kable edai'z-zamân onunla intifâ' etmesi gāsıb için helal olmaz. Yâni bunda iki hüküm vardır.

Hükm-i evvel: Mağsûbdan mağsûbun-minhin mülkünün munkatı' ve gāsıbın ona mâlik olmasıdır. Bu hüküm mağsûbun ismi değişecek sûrette tağyîr edilmesiyle hasıl olur. Bedel-i zamanın mağsûbun-minhe i'tâsına mütevakkıf değildir. *(Bezzâziyye ve Mecma'u'l-enhur ve Tahtâvî ani'l-Hidâye)*

Hükm-i sânî: Gāsıbın onunla yâni bu vechile mütegayyir olan mağsûb ile intifâ' etmesinin helal olmasıdır. Bu hüküm, istihsânen rıza-yı mâlike mevkūf olup rıza-yı mâlik dahi suver-i erba'a ile olabilir. Şöyle ki:

Evvelen: Gāsıbın bedel-i zamanı edâsı.

Sâniyen: Bedel-i zaman ile hâkimin hüküm ve kazâsı[21]

Sâlisen: Tarafeynin bir bedel-i muayyen üzerine terâzîsi.

Râbi'an: Mağsûbun-minhin gāsıbı ibrâ etmesi. *(Redd-i muhtâr)*[22]

---

21 لوجود الرضى منه لانه لايقضي الحاكم الا بطلبه, جوهره.

22 فعند ابى حنيفة رحمة الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل وعندهما اداء البدل وقولهما اقرب الى الاحتياط, خانيه. وعليه يعنى على قولهما الفتوى. قهستانى.

ولو ان رجلا اخذ شاة لرجل بغير اذنه فذبحها وطبخها او شواها كان لصاحبها ان يضمنه القيمة فان كان صحبها غائبا او حاضرا لايرضى ان يضمنه لم يسع للذى ذبحها او شواها ان يأكلها ولايطعم منها احدا ولايسع احدا ان يأخذها منه حتى يضمن للذى صنع بها ذلك قيمتها بقضاء قاض او بغير قضاء قاض وسعه ان يأكل منه او ان يطعم من احب اذا ادى القيمة او كانت دينا عليه وان لم يضمن القيمة فاليتصدق بها وان ابى صاحبها ان يأخذ القيمة واراد ان يأخذ اللحم وهو مطبوخ او مشوى لم يكن له ذلك, هنديه فى الباب الثامن.

Amma kıyas olan bi-dûni'r-rıza dahi hall-i intifâ'dır. Nitekim bir rivâyetde dahi bu vechile varid olmuştur. Çünkü gāsıb için tasarrufu mecûz olan mülk sâbit ve kable'z-zamân o malı bey' ve hibesi câiz olmuştur. Hatta gāsıb kable'z-zaman o malı âhara bey' veya hibe ve teslîm etse, ma'a'l-hurme nâfiz olur. *(Hidâye ve Bezzâziyye ve Camiu'l-fusuleyn)*

Bu rivayete göre, bir kimse taamı gasbedip mazğ ederek -çiğneyerek- müstehlek olduktan sonra yutmuş olsa helalı yutmuş olur. *(Hidâye ve Ebussuûdü'l-Mısrî ve Hâniyye ve Hindiyye fi'l-bâbi's-sâmin)*

Vech-i istihsân şudur: Şat-ı mağsûbe-i mezbûha-i meşviyye hakkında şeref-sâdır olan ***"Et'imûhâ'l-üsârâ"*** hadîs-i âlîsidir. Bu emr-i âlî mülk-i mâlikin zevâline ve gāsıb için kable edâi'z-zamân ve kable'l-irzâ' adem-i hall-i intifâ'a delâlet eder.[23*] ve bir de kable edâi'z-zamân ve kable irzâ' hall-i intifâ'da bâb-ı gasbın fethini mûcib olacağından, hasbe-ma li-maddeti'l-fesâd -fesâdı ve kötülüğü kökünden kaldırmak için- kable'l-irzâ' intifâ', haram olmuştur. *(Hidâye)*

Diğer bazı ulemâya göre gāsıb mücerred tağyîr ile ona mâlik olamaz. Belki mülk ümur-ı selâseden birisiyle yâni edâ-i zaman yahut hüküm bi'z-zaman yahut gāsıb ile mağsûbun-minhin zamân üzerine terazî etmeleri ile olur.

İmdi bu rivâyete göre bir kimse bir taamı gasbedip mazğ ederek müstehlek olduktan sonra yutsa, haramı yutmuş olur. Müftî's-sakaleynden muhkî olduğuna göre inde'l-muhakkıkīn sahîh olan budur. *(Ebussuûdü'l-Mısrî ve Abdülhalîm)*

Her mevzû' ki mâl-i mağsûbda şu madde vechile hakk-ı mâlik munkatı' ola, mağsûbun-minh, hakkını istîfâ edinceye kadar ol mala gāsıb, sair guramasından ehakk olmakla beraber şu ehakkıyet rehin derecesine varmayacağından, ol mal zâyi' olsa gāsıbın malından zâyi' olur. *(Bezzâziyye)*

1-Misâl: [**Meselâ mağsûb, buğday olup da gāsıb onu un ederse**] hakk-ı mâlik munkatı' olacağından,[24**] [**zâmin**] olmak lâzım [**olup un onun olur**]. Un gāsıbın olmasına şu mesâil teferru' eder. Şöyle ki:

Evvelen: Mâlik, bedelinin ahzından imtinâ' ile ayn-ı dakîki almak istese, buna hakkı olamaz. *(Aynî).*

23 * فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما يبين ان الغاصب قد ملكها اذ مال الغير يحفظ عنه اذا امكن وثمنه بعد البيع فلما امره بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الارضاع, طحطاوى.

24 ** فصار كما اذا غصب ثوبا فاحرقه فصار رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا, طحطاوى.

Sâniyen: Gāsıb mezkûr undan ekmek i'mal ile mağsûbun-minhe yedirse, bununla redd hasıl ve gāsıb zamandan halâs olmaz. *(Redd-i muhtâr)* (792. madde şerhine bak.)

Sâlisen: Bu evânî yed-i gāsıbda iken bir müstahık zuhuriyle bi'l-iddiâ ve'l-isbât gāsıbdan ahzetse mağsûbun-minh, gāsıba hıntayı yine tazmîn ettirebilir. Nitekim gāsıb, mağsûb bezden kendisine gömlek diktikten sonra mezkûr gömlek yedinden bi'l-istihkāk zabtedilse bile, mağsûbun-minh gāsıba bezin bedelini tazmîn ettirir. *(Hindiyye fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara)* Amma hınta, dakîk ve bez, gömlek yapılmadan evvel bi'l-istihkāk zabtedilse gāsıb berî olacağı 891. madde şerhinde beyân edildi.

Nitekim bir kimse minşarı yâni testereyi isti'âre edip de neşr, yâni biçmek esnasında ortadan munkatı' olup bilâ-izni'l-mâlik onu vasletse, mâlikin hakkı munkatı' ve müste'îr minşarın münkesiren kıymetini zâmin olur. *(Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)* Zîrâ minşar munkatı' olunca minşar olmaktan çıkmış ve ismi değişmiş olur. Ve bu minşar münkesir iken dahi mal sâhibinin malıdır. Bundan sonra müste'ir vasletmekle ismi değişecek sûretde onu tağyîr etmesiyle ona mâlik ve zâmin olur.

2. Misâl: Bir kimse gasbeylediği yumurtaları kendi tavuğu altına vaz' ile yavru çıkartsa, yavrular kendi malı olup mağsûbun-minhe yumurtaları zâmin olur. *(Bezzâziyye)*

3. Misâl: Gāsıb, mağsûb dakîki hamur etse, hakk-ı mâlik munkatı' olacağı gibi mağsûb safiri evânî veya mağsûb cildi ferv veya cerâb ittihaz etse, fi'l-i gāsıb ile isim ve ma'nâ tebeddül etmekle, bunlar gāsıba kalıp dakîki veya safiri veya cildi "lâkin mezbûh hayvanın ise" zâmin olur. *(Hindiyye ve Ayni ve Ebussuud)*

Daha diğer emsile fıkra-i ânife şerhinde beyân edilmiş idi.

[**Nitekim bir kimse diğerin buğdayını gasbile kendi tarlasına zer' etse, buğdayı zâmin olup, mahsul kendisinin olur.**] da mağsûbun-minh mahsul-i mezkûre müdahale edemez. *(Behce)*

Bu fıkrada ismi değişecek sûrette tağyîr bulunmadığından fıkra-i mezkûre şu maddenin fürûâtından ma'dûd değildir; belki mağsûb buğdayı zer' edilmiş olmasıyla istihlâk olunmuş olduğundan, bunda lüzûm-ı zamân 891. maddeye mebnîdir. Hatta gāsıb, mağsûb buğdayı kendi tarlasına zer' etmeyip gayrdan ve hatta mağsûbun-minhden gasbettiği tarlada zer' etse hüküm yine böyledir.

Vakıâ buğday zer' olunup çimen olunca ismi değişir ise de bunda lüzûm-ı zaman mezrû' buğday nabit ve çimen olarak ol vechile ismi tağyîr etmesiyle meşrut değildir. Belki zer' olunduğunda hiç nabit olmasa bile yine zamân lâzım gelir. Nitekim *Hidâye*'de "Li-vücûdi'l-istihlâk min küllî vechin" diyerek zer' sûretini istihlâk ile tav-

sîf eylemiştir. Bu izâhattan anlaşıldı ki, bu fıkra bu maddenin misâli olmayıp belki lüzûm-ı zamânda nazîr ve şebîhidir. Diğer nazîr: Gāsıb, mağsûb taşı veya keresteyi veya tuğla ve kerpici kendi binasına idhal, yâni onunla binasını inşâ ederek istihlâk ettiğinde zâmin olur. Yoksa mağsûbun-minh ebniyeyi nakzettirerek aynen istirdâd edemez. *(Ali Efendi)* Zîrâ bunların binaya idhâlinden sonra gāsıb ve mağsûbun-minhden birine ilhâk-ı zarar lâzım gelir ki gāsıba ilhak-ı zarar, binasını bozmaktan ve mağsûbun-minhe ilhâk-ı zarar dahi bu eşyadan hakkının kat'ından ibâretdir. Bu iki zarar mukāyese olunur ise mâlikin zararı, rızâsı olmaksızın malındaki mâliyetinin ayndan kıymete naklinen ibâret bulunmuş ve ol vechile zarar vâki'i, kıymet ile cebr ve ikmal edilmiş iken gāsıbın zararı ise bi'l-küllîye ihdâr edilmiş ve iptal-i hakkına müeddî bulunmuş olmakla, zarar-ı mecbûr, bi'l-kıymet zarar-ı mahzdan ednâ olacağından hakk-ı mâlikin kat'ı hakk-ı gāsıbın kat'ından evlâ oldu. (27. maddeye bak.) Ve bir de bu eşyanın binaya idhâlinde tağyîr hasıl olmuştur. Zîrâ bunların binaya idhâlinden evvel menkūl iken, ba'de'l-idhâl akār olmuş ve binâenaleyh min vechin halik ve min vechin mütegayyir bulunmuştur ki tağyîrin inkıtâ'-ı hakk-ı mâliki mûcib olacağı yukarıda izâh edilmiş idi. *(Mecma'u'l-enhur ve Netâyicü'l-efkâr)*

900. MADDE

Gāsıb yedinde iken mağsûba ârız olan noksan dört kısımdır. *(Kuhistânî)*

Kısm-ı evvel: Yalnız yâni ayn-ı mağsûbda bir gûna tagayyür olmaksızın terâcu'-i si'r ile olan noksandır. Bu noksan asla mûcib-i zamân değildir. Eğer gāsıb ayn-ı mağsûbu mekân-ı gasbda reddeder ise. *(Tahtâvî)*. Şöyle ki [**bade'l-gasb mağsûbun si'r ve kıymeti tenâkus etse**] gāsıb mağsûbu mekân-ı gasbda reddederken [**sâhibi onu almayıp da zeman-ı gasbdaki kıymetini mutâlebe edemez.**] Yâni mücerredd tagayyür-i es'ârdan dolayı gāsıb mesul olmaz. Mağsûb gerek kıyemî olsun gerek mislî olsun bu hüküm tahallüf etmez. Zîrâ tenâkus-ı si'r, fütur-ı rağabât ile olup yoksa mağsûbda bulunan bir cüz'ün fevâtıyla değildir*(Dürer)*. Fütur-ı rağabât ise Allahü Te'âlâ'nın kulûb-ı ıbâdda ihdâs ettiği şey olup, ayn-ı mağsûb ise iki halde dahi müsâvî ve evvelce olduğu vech üzre kāim olmakla bu hal, tagayyür-i ahkâmı mûcib olmaz. *(Ayni ve Cevhere)* Binâenaleyh tagayyür-i si'r mazmûn değildir. *(Bezzâziyye)*

Meselâ mangır rayic iken, bir kimse diğer kimesneden şu kadar mangır rüşvet aldıktan sonra mangır kâsid olsa, mezkûr mangırlar ayniyle ol kimesnenin yedinde mevcûd olmakla teslîm etmek istediğinde o kimesne mangır yerine altın veya gümüş alırım diyemez. *(Feyziyye)*

Terâcü'-i si'rden gāsıbın adem-i mesuliyyeti gāsıb, mâl-i mağsûbu mekân-ı gasbda teslîm eylediği takdirdedir. Amma mekân-ı gasbda redd ve teslîm etmediği sûretde mâlik mu-

hayyerdir. Dilerse mekân-ı gasbda teslîmini taleb ve dilerse kıymetini ahzeder ki tafsîlatı 891. madde şerhinde geçti.[25]

Kısm-ı sânî: Bazı cüz'ün fevâtıyla olan noksandır. Bu noksan her halde mûcib-i zaman olup, iki vech ile taksim olunur.

Vech-i evvel: Miktara göre taksimdir ki, o da noksan-ı fâhiş ve noksan-ı yesîrden ibâretdir. Bunların ta'rîfleri ve hükümleri ati'z-zikr misâl-i sânîde beyân olunur. Bu iki nev' noksan dahi mazmûndur.

Vech- sânî: Sebebe göre taksimdir ki bu da üç sûrete münkasimdir. Ve bu vech-i sânîde noksan, her halde mazmûndur.

Sûret-i ûlâ: Mağsûbda gāsıbın fi'li ile hasıl olan noksandır. Şöyle ki [**Amma gāsıbın isti'mâliyle**] yahut diğer gûne fi'liyle [**mağsûbun**] tagayyür-i si'r ile değil, cüzünün fevâtıyla [**kıymetine noksan gelse**] mağsûb emvâl-ı ribeviyyeden değil ise hem mağsûbun reddi hem de noksan kıymetinin [**zaman**]ı [**lâzım gelir.**] Çünkü isti'mâlinden dolayı hâsıl olan noksan kıymet, mâl-i mağsûbun cüz'ünün telefiyle hasıl olur. Zîrâ mâl-i mağsûb cemî' eczasiyle gāsıbın zamana dâhil olmakla redd ve iâdesi müte'azzir olan cüzünün kıymetinin reddi lâzım gelir. *(Hindiyye ve Ayni mülahhasan)* Bu sûretde mebî' kable'l-isti'mâl bulunduğu halde takvîm olunacağı gibi bade'l-isti'mâl bulunduğu halde takvîm olunup iki kıymet beynindeki fark ve tefâvüt, noksan-ı kıymet olur. *(Cevhere)*[26]

İzâhat-ı salifeden anlaşılacağı üzre zamân mezkûr noksana mukābil olmakla o noksan muahharan kendiliğiyle zâil olsa, gāsıb vermiş olduğu noksanı istirdâd eder. Şöyle ki meselâ gāsıb bir hayvanı gasbedip yedinde iken hastalanmakla, hasta hayvanı sâhibine redd ile beraber hastalıktan hâsıl olan noksan kıymetini dahi zâmin olduktan sonra mezkûr hastalık kendiliğinden zâil oluverse, mağsûbun-minhin almış olduğu noksan kıymeti gāsıba redd etmesi lâzım gelir. (97. maddeye bak.) Nitekim bir kimse gasbeylediği hımara râkib olarak ayıplandırmakla bu madde vechile noksanı zâmin oldukdan sonra mezkûr ayıb zâil oluverse gāsıb zaman olduğu meblağ ile mağsûbun-minhe rücû' eder. *(Tenkih)*

Bu fıkrada isti'mâl kaydı ihtirâzî olmayıp kayd-ı vukū'îdir. Misâlde isti'mâl kaydı getirilmemesi buna delâlet eder. Binâenaleyh gāsıbın isti'mâlinden dolayı mağsûbun kıymetine noksan gelse, gāsıb üzerine zaman lâzım geleceği gibi gāsıb yedinde iken şahs-ı sâlisin fi'li ile yahut âfet-i semâviyye ile kıymet-i mağsûba noksan gelse yine gāsıb zâmin olur. Nitekim tafsîlat-ı âtiyeden müttezıh olur.

---

25 لان النقصان دخل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلزم الضرر ويطالب بالقيمة وله ان ينتظر, عينى.

26 لما فى الربوى فلا يمكن ضمان النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربوى, جوهره.

Suâl: Mebî', yed-i bayi'de iken bu vechile noksan bulsa noksan-ı mezkûr vasf olmakla semen-i mebî'den bir şey sakıt olmayıp, müşteri dilerse cümle semen müsemmâ ile kabûl eder. Dilerse terk eder. Halbuki mağsûb yed-i gāsıbda iken onda telef olan bu gibi evsaf mazmûn oluyor. Binâenaleyh fark bulmak lâzım gelir. Meselâ bir kimse bin guruş kıymetli bir hayvanı gasbedip de yedinde iken gözüne illet târî olarak kıymeti dokuz yüz guruşa tenezzül etse, gāsıb yüz guruşu zâmin olur. Halbuki müşteri, bir hayvanı bin guruşa satın alıp da henüz yed-i bayide iken gözüne illet târî olmakla kıymetinden yüz guruş tenâkus etse müşteri semen-i meb'den yüz guruşu tenzil edemeyip, ya küll-i semen ile kabûl veya terk etmesi lâzım gelir.

Cevâb: İki mes'ele beyninde fark şudur. Zamân-ı mebi', zamân-ı akiddir. Evsaf ise akd ile mazmûn olmaz. şu sebeble ki akd, a'yân üzerine varid olur. Yoksa evsâf üzerine vârid olmaz. Çünkü evsâf tâbi'dir. Tâbi' için ayrıca hüküm verilemez. Amma zamân-ı mağsûb zamân-ı gasbdır. Kabz ise cem' eczaâsına vasfen mülâbis olan zat üzerine vârid olur. Binâenaleyh evsaf, akd ile mazmûn olmayıp fakat fi'l ile mazmûn olur. *(Hidâye ve Aynî)*

[**Meselâ bir kimsenin gasbeylediği hayvan**] vakt-i gasbda fiatı on altın iken, fütûr-ı rağabât ile sekiz altına tenezzül etse, sâhibi hayvanı almağa mecbûr olur. Gāsıbdan başka bir şey taleb edemez. Amma mezkûr hayvan gāsıb, onunla yük taşımak gibi gāsıbın bir fi'li ile [**zebûn olsa onu sâhibine redd ettikde**] yevm-i gasbdaki [**noksan kıymetini dahi zâmin olur.**] Bu sûretde ol hayvan sahîh olduğu yâni gasbdan evvel bulunduğu haldeki kıymeti meselâ on altın ve gayr-i sahîh yâni isti'mâlinden sonraki kıymeti sekiz altın olunca, gāsıb hem hayvanı redd eder hem de iki altını mağsûbun-minhe zamin olur. *(Cevhere)* Nitekim bir kimse, gayrin ineğine vurup düşerek telefinden havf olunmakla sâhibi onu kasaba bey' ederek zebholunsa, ol kimse üzerine noksanın zamânı lâzım gelir. *(Tenkih)*

Kezâ bir kimse diğer kimesnenin arsasından türâb aldığında mezkûr türâbın o mevzi'de kıymeti var ise gāsıb onu zamin olur. Bu ahz sebebiyle arsaya gerek noksan ârız olsun gerek olmasın. Ve o mevzi'de toprağın kıymeti yok ise nazar olunur. Ahz-ı mezkûr ile arzın kıymetine noksan gelir ise noksan kıymeti zâmin olur. Amma noksan gelmez ise yalnız çukurun imlâsıyla bazı fukahâya göre emrolunur ve bazılarına göre emrolunmaz. *(Hâniyye)*

Sûret-i sâniye: Mâl-i mağsûb yed-i gāsıbda iken diğer bir kimesnenin fi'li ile olan noksandır. Şöyle ki mâl-i mağsûb, yed-i gāsıbda iken diğer bir kimesnenin fi'li ile noksan bulduğunda sâhibi muhayyerdir. Dilerse gāsıba tazmîn ettirip o da o kimesneye rücû' eder. Dilerse o kimesneye tazmîn ettirip bu halde o kimesne gāsıba rücû' edemez. (910. maddeye bak.) *(Tahtâvî)*

Sûret-i sâlise: Âfet-i semâviyye ile olan noksandır. Şöyle ki gāsıb, bir hayvanı gasbedip de yedinde iken hastalanarak hasta olduğu halde mağsûbun-minhe redd etse de yedinde mezkûr hastalıktan telef olsa, gāsıb hastalığın îrâs eylediği noksan kıymeti zamin olur.

Yoksa tekmil kıymeti değil. Zîrâ hastalıkta elem cüz'en fe-cüz'en hasıl olup sonra mecmû'-ı a'lâmın tesiri, sebeb-i vefât olur. *(Cevhere)*

Nitekim mağsûb hımar, yed-i gāsıbda çıban çıkarıp topal olsa, eğer topallıkla beraber yürümeğe muktedir ise noksan kıymetin zamânı lâzım gelir. Amma aslâ yürümeğe muktedir değil ise, küll-i kıymetin zamânı lâzım gelir. *(Tenkîh)*

Şu tafsîlattan anlaşıldı ki suver-i selâse-i mezkûrenin cümlesinde gāsıb, noksan-ı kıymet-i mağsûbdan mes'ûl olmakla beraber sûret-i sâniyede şahs-ı sâlis dahi noksan-ı kıymetden mes'ul olur.

[**Kezâlik bir kimse gasbeylediği elbiseyi yırtmakla noksan geldikde, eğer**] terettüb eden [**noksan yesîr ise yâni mağsûbun rub' kıymetine bâliğ değil ise gāsıb**] hem mağsûb elbiseyi yırtık olarak iâde eder hem de [**onun noksan kıymetini zamin olur.**] Yoksa mağsûbun-minh, elbiseyi terk ederek küll-i kıymetini mutâlebe edemez. Zîrâ ayn-ı mağsûb min küll-i vechin mevcûd sayılıp gāsıb ise yalnız onu ta'yîb etmiştir.

"Elbise" ta'bîri gömlek ve entari ve palto gibi giyileceğe şâmil olduğu gibi, kirpas ve paltoluk kazmîr gibi giyilmeyeceğe dahi âmm ve şemildir. *(Tahtâvî ve Ebussuud)*[27]

[**Ve eğer**] terettüb eden [**noksan fâhiş ise, yâni mağsûbun rub' kıymetine müsâvî ise veyahut**] rubu' kıymetinden [**ezyed ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse noksan kıymetini tazmîn ettirir**] de elbisesini alır. *(Behce ve Şürünbülâlî)* [**ve dilerse ol malı gāsıba terk ile tamam-ı kıymetini alır.**] Zîrâ bu sûretde mâl-i mağsûb, min vechin müstehlek ve gayr-i mevcûddur. Şu sebeble ki kable'l-hark salih olanın cem'îsine ol elbise ba'de'l-hark salih olmaz. Ve min vechi âhar mevcûddur. Şu cihetle ki elbise hakîkaten kāim ve bazı menâfi'i dahi mevcûd bulunmuştur. Binâenaleyh mağsûbun-minh, dilerse müstehlek olması cihetini nazara alarak tazmîn ettirir. İster ise mevcûd olmasına bakarak aynen almakla beraber noksan kıymetini ahzeder. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî ve Aynî)* Ve mağsûbun-minh, elbisenin tamam-ı kıymetini tazmîn ettirdiğindeelbise gāsıbın malı olur.[28]

İzâh-ı kuyud-ı haze'l-misâl:

1- Elbise: Bu ta'bîr misâl olarak mezkûr olup emvâl-i gayr-i ribeviyyeden olan her aynda elbise hakkında bu misâlde beyân olunan hüküm cârî olur. *(Tahtâvî)* Ağaç, hayvan, bıçak ve asa gibi, değnek -baston- gibi.

Ağaç: Bir kimse diğer kimesnenin ağacının dallarını kat' ettiğinde bakılır. Husûle gelen noksan fâhiş ise, ağacın tekmîl kıymetini zâmin olur. Amma noksan fâhiş değil ise, yalnız noksan kıymetini zamin olur. *(Ali Efendi)*

---

27 اذا خرق رجل طيلسان رجل ثم رفاه تقوم صحيحا ومرفوا ويضمن فضل ما بينهما, طحطاوى ملخصا.

28 لان صاحبه لما ملك القيمة ملك الغاصب بدلها حتى لا يجتمع فى ملك المغصوب منه البدلان, جوهره.

Hayvan: Bir kimse diğerinin hayvanını gasbedip, bir veya iki kulağını kat' ettiğinde, noksan kıymetini zâmin olur. Amma gāsıb me'kûlü'l-lahm olan hayvanın ellerini veya ayaklarını kat' etse, mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse hayvanı alıkoymakla beraber noksanını tazmîn ettirir. Dilerse onu gāsıba terkle tamam kıymetini alır. Zîrâ ellerini ayaklarını kat' min vechin itlâftır. Şu i'tibârla ki, bununla haml ve derr ve nesl gibi bazı ağraz ve mekāsıd fevt olur. *(Zeyla'î Ve Ebussuûdü'l-Mısrî)*. Amma min vechin âhar itlâf olmayıp ta'yîbdir. Şu sebeble ki lahmiyyet ve cild ile intifâ' ile bazı menâfi'i mevcûddur. (899. madde şerhine bak.)

Bıçak: Bir kimse diğer kimesnenin bıçağını bilâ-izin alarak yedinde iken munkatı' ve kıymetine noksan-ı fâhiş târî olunca mâliki muhayyer olur. Dilerse o bıçağı maktû' olarak ahzile noksanını tazmîn ettirir ve dilerse o bıçağı gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir. *(Hayriyye fi'l-gasb)*

Asa: Bir kimse diğerin asasını kesr ettiğinde, o asa ile ancak odun yahut kazık olmak üzre intifâ' edilebilip, artık asa olmak sûretiyle intifâ' kābil olmayacak hale gelmekle, târî olan noksan fâhiş ise küll-i kıymetini, ve noksan-ı yesîr ise noksan-ı kıymetini tazmîn ettirir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Lâkin bu misâlin hükmü yâni elbise için burada beyân olunan ahkâm emvâl-i ribeviyyede câri değildir. *Mecelle*'de elbise denilmesiyle buna işaret olunur. Şöyle ki gāsıb emvâl-i ribeviyyeden bulunan bir malı ta'yîb ve kıymetine noksan îras ettiğinde, noksan-ı mezkûr gerek fâhiş gerek yesîr olsun sâhibi muhayyer olur. Dilerse o malı gāsıba terkle tamam-ı bedelini tazmîn ettirir. Dilerse o malı alıkoyarak noksan-ı kıymet namına gāsıbdan nesne taleb edemez. Zîrâ bunda tazmîn-i noksan, ribâya müeddî olacağından gayri mümkündün. *(Tahtâvî)* Meselâ bir kimse diğer kimesnenin yüzlük altınını, yahut diğerin sîm mecidiyesini kırdığında, Şemsü'l-Eimme'ye göre o kimesne muhayyerdir. Dilerse meksûru alıkoyarak kâsirden nesne telab edemez. Dilerse meksûru kâsire terkle mislini tazmîn ettirir. *(Hindiyyefi'l-bâbi's-sânî)*

2- Yırtmakla: Yırtmaktan maksûd, sanat-ı mütekavvimeyi ihdâs etmediği takdirde demektir. Bu sûretde mağsûb bezi yalnız biçmek ve mağsûb elbiseyi giyip eskitmek yahut mağsûb elbise yed-i gāsıbda çürümek ve sararmak ve solmak dahi yırtmak gibidir. Şöyle ki mağsûb bezi gāsıb biçtiğinde, yâni meselâ bir kimse diğerin bir top çatarisini gasbederek biçtiğinde, bu hal gayb-ı fâhişi mûris olmaz ise, çatari sâhibi noksan-ı kat'ı tazmîn etirir. Yoksa çatariyi ol kimseye terkle küll-i kıymetini tazmîn ettiremez. Eğer gayb-ı fâhişi mûris olur ise çatari sâhibi muhayyer olur. Dilerse çatarisini alarak noksanını tazmîn ettirir. Dilerse çatariyi gāsıba terk ederek küll-i kıymetini tazmîn ettirir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sanî ve Tahtâvî ma'a Dürr-i Muhtâr)*

Nitekim mağsûb elbise, yed-i gāsıbda çürüse yahut sararsa da kıymetine noksan gelse, noksan-ı mezkûr yesîr ise noksan kıymetini tazmîn ettirir de elbiseyi ahzeder. Fâhiş ise bu madde vechile ahz ile terk beyninde muhayyerdir. *(Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî)*

Amma gāsıb, mağsûbda sanat-ı mütekavvimeyi ihdâs ettiği sûrette artık mağsûbun-minhin hakkı munkatı' olur. Şöyle ki meselâ gāsıb mağsûb çatariyi biçmekle beraber dikse, artık mâlikin hakkı munkatı' olarak vakt-i gasbdaki kıymetini tazmîn ettirmesi lazım gelir; yoksa dikilmiş elbiseye müdâhale edemez. *(Hindiyyefi'l-bâbi's-sânî)*

3- Noksan: Noksan-ı fâhişin ta'rîfinde üç kavil üzre ihtilâf-ı fukahâ vâki' olmuştur. Bâzı fukahâ rubu' kıymet ve bâzıları nısf-ı kıymet ve bâzıları dahi ta'yîb edilen meselâ elbise ise hiçbir elbiseliğe yaramayacak sûretde noksandır demişlerdir. *Mecelle* kavl-i evveli ihtiyâr eylemiştir. *(Ebussuud ve Bezzâziyye)*

Hulâsa, bu kısm-ı sânî olan noksan iki dürlü olur. Birincisi, noksan-ı yesirdir ki bunun hükmü, mağsûbun-minh mağsûbu istirdâd ile beraber noksanını dahi tazmîn ettirmekten ibâret olur. Yoksa, mağsûbu gāsıba terkle tamam-ı bedelini taleb edemez. İkincisi, noksan-ı fâhiştir. Bunun hükmü şudur ki, mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse mağsubu istirdâd ile beraber noksanını tazmîn ettirir. Ve ister ise mağsûbu gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir.

Kısm-ı sâlis: Ayn-ı mağsûbda mevcûd olan vasf-ı merğubun fevâtıyla hâsıl bulunan noksandır. Zeheb ve fızzada sıyağat, ve hıntada yebs, ve abdde sem' ve basar ve yed ve üzün gibi. *(Molla Miskîn)*

Bu noksan dahi emvâl-i ribeviyyenin gayrisinde zamânı îcâb eder. Amma emvâl-i ribeviyyede hükmü şudur. Mağsûbun-minh mağsûbu ya gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir; yahut mağsûbu alıkoyup bu halde gāsıbdan nesne taleb edemez.

Meselâ bir kimse diğer kimesnenin kuru buğdâyını gasbedip de yedinde iken kokmuş ve ufûnet peyda etmiş olsa, sâhibi muhayyer olarak, dilerse onu aynen kabûl edip bir şey taleb edemez. Dilerse onu gāsıba terk ederek mislini tazmîn ettirir. Nitekim bir kimse, diğer kimesnenin altın veya gümüş hokkasını kırdığında, sâhibi muhayyerdir. Dilerse onu kırlmış olduğu halde kabûl ederek bir şey taleb edemez; dilerse kırılmışını ol kimesneye terk ederek tazmîn ettirir. Şöyle ki kırılan hokka gümüş ise, hâl-i aslîsiyle yâni kırılmamış olarak altından kıymetini ve altın ise krılmamış olarak gümüşten kıymetini alır. *(Hindiyye ve Tahtâvî)*[29]

29 غصب حياصة فضة مموهة بالذهب فزال تمويهها تخير مالكها بين تضمينها مموهة او اخذها بلا شئ لان التمويه تابع مستهلك ولانه يلزم منه الربا ولو كان مكان الغصب شراء يوزنها فضة وقبضها المشترى وزال التمويه وهى فى يده ثم وجدها معيبة بان وجدها غير جيدة فلا رد لتعييبها بعيب حادث عند المشترى ولا رجوع بالنقصان اى نقصان العيب القديم, طحطاوى مع رد المحتار.

Kısm-ı râbi: Ayn-ı mağşûbda bulunan mergûb ve mu'teber bir ma'nânın fevâtıyla olan noksandır. Bir kimse, sanatkâr abdi gasbedip, yed-i gāsıbda iken abd, sanatını unutmak yahut şâb iken yed-i gāsıbda şeyh ve ihtiyar olmak gibi. Bu noksan dahi zamânı îcâb eder. *(Molla Miskîn)*

901. MADDE

[**İzâle-i tasarrufta**] yâni bir kimsenin tasarrufunu bi-gayr-i hakkın izâlede [**gasba müsâvî olan hal ve keyfiyyet hükmen gasb kabîlinden addolunur.**] Yâni bu gibi hal ve keyfiyyete gasb-ı hükmî denilir de, gasb-ı hakīkī gibi bu da mûcib-i zamân olur.

Bu madde bir kā'ide olup kütüb-i adîdeden mesâil-i kesîre teferru eder. Şöyle ki:

1. Mes'ele, bey': 401. maddede zikrolunduğu üzre vefaen satılan malda müşteri ta'addî edip de telef olduğunda deynden ziyâde miktarı dahi zâmin olur.

2. Mes'ele, icâre: 483. maddede beyân olunduğu üzre amelinde eser olmayan ecîr, müste'cerün-fîhi istîfâ-yı ücret için habs edip de yedinde telef olduğunda zâmin olur. Ve habs-i mezkûr gasb-ı hükmî kabîlinden bulunmuştur.

3. Mes'ele, müste'cir, hayvan-ı me'cur ile muayyen mahalli tecavüz etse yahut başka mahalle gitse, yahut tâyin olunan tarîkdan fenâ yoldan geçse, yahut müddet-i icâreden ziyâde müddet isti'mâl etse, yahut filan adam binmek üzre istikrâ eylemiş iken, müste'cir başka adamı bindirse gasb hükmü olur. (545., 546., 547., 548. ve 551. maddelere bak.)

4. Mes'ele: Müste'cir ta'addi veya emr-i muhâfazada taksîr eylese veya ba'de inkızâ-i müddeti'l-icâre, me'curu isti'mâl yahut akd-i icâre ile müstahık olduğu menfa'atin mâ-fevkına tecavüz etse, yahut ba'de inkıza-i müddeti'l-icâre, mûcir taleb etmiş iken müste'cir vermese gāsıb olur. (602., 603., 604., 605. ve 606. maddelere bak.)

5. Mes'ele: Ecîrin ta'addîsi veya taksîri gasb-ı hükmîdir. (607. maddeye bak.)

6. Mes'ele: Kefâlet, 605. maddede beyân olunduğu üzre, kefâlet-i mukayyede bi'l-ayni'l-emânede kefil olan kimse, ol aynı bade'l-kefale sâhibine redd etse, gasb-ı hükmî olup zâmin olur.

7. Mes'ele, Havâle: 692. maddede beyân olunduğu üzre havale-i mukayyede bi'l-aynda, muhâlün-aleyh ol aynı muhîle verse, gasb-ı hükmî olup muhîle zâmin olur.

8. Mes'ele, rehin: 741. madde ile şerhinde tafsîl olunduğu üzre, mürtehin rehni itlâf veya ta'yîb ettiğinde, hükmen gāsıb ve zaman olur.

9. Mes'ele: 759. maddede zikrolunduğu üzre, fesâdından havf olunan rehni veya zevâidi, mürtehin bilâ-emri'l-hâkim sattığında, bu satış gasb-ı hükmî kabîlinden olmakla mürtehin zâmin olur.

10. Mes'ele, emânât: 769. maddede beyân olunduğu üzre bir kimse yolda yahut diğer mahalde bir şey bulup da kendisine mal olmak üzre ahzetse, gasb-ı hükmî olup zâmin olur.

11. Mes'ele: 772. maddede zikrolunduğu vechile sâhib-i hâne "Şu kadehe dokunma!" diye nehyetmiş iken, misâfir ol kadehi eline alsa gāsıb, kırılsa zâmin olur.

12. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye vedî'aten bir elbise verip de müstevda' kendi rubasını mezkûr elbise içine koyup da mûdi' mezkûr elbisesini, derûnunda müstevda'ın rubası bulunduğunu bilmeyerek ahzetse de mezkûr ruba yedinde zâyi' olsa, mûdi' mezkûr rubayı zâmin olur. *(Tahtâvî)* (769. madde şerhine bak.)

13. Mes'ele: [**Nitekim müstevda'**] mûdi'in talebi üzerine [**vedî'ayı inkâr etse gāsıb hükmünde olur ve ondan**] yâni inkâr-ı mezkûrden [**sonra**] müstevda' [**yedinde vedî'a**] bilâ-ta'add velâ taksîr bile [**telef olsa zâmin olur.**] Zîrâ yed-i müstevda', kable'l-cuhûd, mûdi'in yedi addolunur. Amma bade'l-cuhûd şu yed, izâle olmuş olur. *(Redd-i muhtâr)* Hatta vedî'a akār olsa bile bu vechile cuhûd ile mazmûn olur. (905. madde şerhine bak.)

İnkar-ı vedî'adaki zamânda ihtilâf-ı fukahâ: Müstevda' vedî'ayı bade'l-inkâr, vakt-i inkarda bulunduğu mahalden başka yere nakil veya tahvîl olunduktan sonra telef olduğunda bi'l-ittifak zaman lâzım gelir. Fakat müstevda' vedî'ayı inkar ettikden sonra, vedî'anın bulunduğu mahalden başka yere kable'n-nakl ve't-tahvîl telef olsa, Cami'u'l-fusuleyn sâhibinin beyânına göre zaman lâzım gelmez. Ancak, *Hulâsa*'da mezkûr olduğuna nazaran mutlaka zaman lâzım gelir. Yâni bade'l-inkar kable'n-nakl ve't-tahvîl yahut bade'n-nakl ve't-tahvîl telef olduğunda, iki sûretde dahi zamân lâzım gelir. *Mecelle*'de mes'ele sûret-i mutlakada zikrolunduğuna nazaran, bu ikinci kavil ihtiyar edilmiştir. *(Redd-i muhtâr)* Fakat, 779. madde şerhinde sekizinci mes'elede tafsîlat-ı lâzimesiyle zikredildiği vechile işbu inkârın hükmen gasb olması, mûdi'in taleb-i vedî'ası üzerine inkâr olunduğu takdirdedir.

14. Mes'ele: 787. ve 788. maddeler ile 790. maddenin fıkra-i sâniyesi vechile, hareket gasb-ı hükmî olur. (881. madde şerhine dahi mürâca'at oluna.)

15. Mes'ele: 814. madde vechile müste'îrin ta'addisi veya taksîri gasb-ı hükmî olmakla, müste'âr, bundan dolayı telef veya kıymetine noksan târî olsa zâmin olur.

16. Mes'ele: 815. madde hükmünce müste'ir, mu'âr olan hayvana infâk etmemekle telef olsa, adem-i infâk ta'addi ve gasb hükmünde olmakla zâmin olur.

17. Mes'ele: 821. madde hükmünce müste'îr, hayvan-ı müste'âr ile mu'tad olmayan yoldan gitse de telef olsa, şu gitmek gasb-ı hükmî ve mûcib-i zamân olur. Daha bunun gibi ahkâm-ı kesîre vardır.

18. Mes'ele, hibe: 865. madde mucibince vahib, bade'l-hibe ve't-teslîm mâl-i mevhûbu bilâ rıza vela kazâ mevhûbun-lehden istirdâd etse gāsıb ve zâmin olur.

19. Mes'ele, hacr: 983. madde vechile vasîyyü's-sağîr, rüşdü sâbit olmayan sağîre malını verip de zâyi' olsa veya sağîr onu itlâf etse, vasî o malı zâmin ve şu i'tâ gasb-ı hükmî olur.

20. Mes'ele, şirket: 1075. madde vechile müşterek bargiri, müşteriklerden biri diğerinin izni olmaksızın âhara i'âre veya icâre etse gasb-ı hükmî olur. (1076., 1085., 1087., 1089., 1090., 1244., 1249., 1258., 1379., 1383., 1393., 1421. ve 1422. maddelere bak.)

21. Mes'ele, vekâlet: Bir kimse dâyinine vermek üzre âhar kimesneye akçe verip de "Ancak dâyindeki senedime zahriyye etmedikçe yahut ilmühaber almadıkça akçeyi teslîm etme!" diye nehyetmiş iken, memur, zahriye etmeden yahut ilmühaber almadan teslîm etmekle, teslîm-i vâki' isbât olunamasa, şu teslîm gasb-ı hükmî olmakla, memur zâmin olur. (1515. maddeye bak.) 776. madde şerhinde alacak senedini bir kimse yırtsa, senedin mektûben kıymetini zâmin olacağı zikredilmiş idi. Bu iki mes'ele arasında fark bulmak lâzım gelir.

902. MADDE

[**Bir dağ üzerindeki bahçe ile alt tarafındaki diğer bahçe üzerine yıkılıp düşmek gibi bir vechile min gayr-i kasdin**] yani diğer kimesnenin ta'addîsi olmaksızın [**bir kimsenin mülkü yedinden çıksa kıymetçe ekalli eksere tâbi' olur.**] Amma min gayr-i kasdin olmayıp da 906. madde şerhinde tafsîl olunacağı üzre gāsıb, bir kimesnenin beş bin guruş kıymetli arsasını gasbedip de üzerine elli bin guruş kıymetli ebniye inşa etse, bunda ekal, eksere tâbi' olmaz. Fark şudur: Bu maddede ta'addî yoktur. Amma şu mes'elede gāsıb müte'addî olmakla hakkına mürâ'ât olunmaz. *(Aynî)*

[**Yani kıymeti ekser olanın sahibi, kıymeti ekall olanı zâmin olarak ol yeri temellük eder.**] Ve bu vechile zarar-ı eşedd, zarar-ı ehaff ile izâle olunur. *(Ebussuud)* [**Mesela, dağ yıkılmazdan mukaddem üst tarafındaki bahçenin kıymeti beş yüz ve alt tarafındaki bahçenin kıymeti bin kuruş olsa, ikincisinin sahibi, beş yüz guruş evvelkinin sahibine i'tâ ile**] evvelkinin sahibi râzı olmasa bile [**orasını zapteyler.**] Ve bilakis üst tarafındaki bahçenin kıymeti bin ve alt taraftaki bahçenin kıymeti beş yüz guruş olsa evvelkisinin sâhibi beşyüz guruşu ikincisinin sahibine i'tâ ile orasını zabteder. *(Behçe ve Bezzâziyye)*

Kezâ, bir kimse diğer kimesneye bir fasîli -yavruyu- îdâ‘ edip de beyt-i müstevda‘da büyüyüp hedm-i cidâr edilmeksizin ihrâcı mümkün olmayınca, kıymetçe ekal olan eksere tâbi‘ olur. *(Aynî ve Hâniyye)*[30]

Ve keza bir kimsenin iki yüz guruşluk bir ineği diğer kimesnenin on guruşluk çanağına başını sokup çıkaramasa, inek sahibi on guruşu verip çanağı iştira eder. *(Redd-i muhtâr ve Hindiyye fi'l-bâbi'l-hâmis mine'l-gasb)*.

Kezâlik, bir kimsenin yüzlük altını diğer kimesnenin beş guruşluk hokkasına düşmekle kırılmadan ihracı mümkün olmasa, altın sahibi beş guruşu verip hokkayı satın alır [**Nitekim bir kimsenin elli guruşluk incisi düşüp de diğerin beş guruş kıymetli tavuğu onu yutsa**] tavuk sahibi onu zebha icbar edilemez. Zira onun bir gûne fi‘li yoktur. *(Cevhere)*. Belki [**inci sahibi**] dilerse [**beş guruş verip tavuğu alır**] Fakat tavuk sahibi incinin kıymetini vermek hakkını dahi hâizdir. *(Hâniyye)* Dilerse tavuk ol inciyi çıkarıncaya kadar inci sahibi bekler. Dilerse mâlik onu zebhedinceye dek sabreder. *(Cevhere)*[31] [**27. ve 28. ve 29. maddelere bak**]. “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur.” kā‘idesine, inci mes'elesinin tefrî‘i şu vechiledir. Bunda iki zarar ictimâ‘ ediyor. Zarar-ı evvel: İnci sahibi, tavuk sahibine tevuğunun bedelini verdiği sûretde, tavuk sahibinin izni ve rızâsı olmaksızın mülkünün elinden çıkmasıdır. Zarar-ı sânî: Mes'ele ber-aks kılındığı yani tavuk sahibi, inci sahibine incisinin bedelini verdiği sûretde, inci sahibinin izin ve rızâsı olmaksızın yedinden mülkünün çıkması zararıdır. Zarar-ı evvel, zarar-ı sâniye nisbeten ehafftır. Çünkü incinin kıymeti tavuğun kıymetinden ziyâdedir. Binâenaleyh onun ihtiyâr olunması lâzım geldi. Diğerleri dahi buna kıyas oluna.

Kezâlik şecere-i kar‘ “kabak ağacı” bir kimsenin mülkünde nâbit olup diğer kimesnenin küpüne girerek orada kabak verip büyüyüp min gayr-i kesri'l-cübb ihrâcı mümkün olmasa, sahibü'l-ekser dilerse diğerinin malının kıymetini verip temellük eder.[32]

Ütrücede “ağaç kavunu” dahi hüküm böyledir. Yani ütrüce bir kimsenin karuresine dahil olup çıkarılması mümkün olmasa, hükm-i mezkûr cereyân eder. *(Haniyye)*

Bu gibi mesâilde kıymeti ekall, eksere tâbi‘ olur. Fakat kıymetleri müsâvî olduğu sûretde tarafeyn bir şey, yani biri diğerine zâmin olmak yahut cümlesi satılarak bedeli taksim

---

30 ولو استعار المودع من غيره بيتا وادخل فيه الفصيل فانه يقال لصاحب الفصيل ان امكنك اخرج الفصيل فاخرجه والا فانحره واجعله اربا دفعا للضرر عن صاحب البيت, خانيه.

31 وكذا البعير اذا ابتلع لؤلؤة وقيمة الؤلؤة اكثر كان لصاحب الؤلؤة ان يدفع اليه قيمة البعير فان كان ثمن الؤلؤة شيئا يسيرا فلا شئ على صاحب البعير, خانيه. ولو ادخل رجل اترجة غيره فى قارورة رجل آخر وتعذر اخراجها فان الذى فعل ذلك يضمن لصاحب الاترجة قيمة الاترجة ولصاحب القارورة قيمة القارورة ويصير القارورة والاترجة ملكا له بالضمان, خانيه.

32 فان ابى يباع الحب عليها فيكون الثمن بينهما.

edilmek üzerine ittifak ederler ise fe-bihâ; münâza'a ederler ise, ikisi de ma'an bey' olunup parası ale's-seviye taksim olunur. *(Hâniyye ve Ebussuud Haşiyetü'l-Kenz ve Tahtâvî)*

Son misâlde, inciyi tavuk yutması sûretiyle tasvîr olundu. Zîrâ bir kimsenin incisini diğer bir adam yuttuğu sûretde, yutan hayatta oldukça ol incinin taşra çıkmasına intizar olunmayıp bedelinin zamânı lâzım gelir. Nitekim yutan fevt olduğunda, alâ kavlin, inci midede fesâd bulacağı cihetle, batın şakk olunarak ihrâc olunamayacağı, çünkü hürmet-i benî Adem maldan a'zam olduğu ve fetva dahi bunun üzerine bulunduğu zikrolunmuştur.

Fakat bir adam diğerin denânîrini veya derâhimini bel' ederek fevt olduğunda, eğer gümüş on dirhem miktarı olur ise, altın veya gümüş midede fesâd bulmayacağı cihetle, müteveffânın batnı şakk edilip ihrac olunur. *(Redd-i muhtâr ve Tahtâvî)*

903. MADDE

[**Mağsûbun zevâidi**] yani ba'de'l-gasb yed-i gāsıbda hâsıl olan zevâid-i muttasıle-i mütevellide veya munfasıle-i mütevellide [**sahibinin**] yani mağsûbun-minhin malı ve yed-i gāsıbda vâcibü'r-redd emanet[**dir.**] Mağsûbun-minhin malı olması, kendi malının nemâsı olmasından dolayı olduğu gibi, emânet olması dahi ol ziyâde yed-i gāsıbda îcâd-ı İlâhî ile hâsıl olmuş ve izâle-i yed-i muhıkka gibi gāsıbın bir fi'l ve sun'ı bulunmamış olmakla, ol ziyâdede gasb mevcûd değildir.

Bunun nazîri şudur. Bir kimsenin elbisesini, rüzgâr diğer kimesnenin kucağına atsa, ol kimesne gāsıb olmaz. Zîrâ o kimesnenin bunda bir gûna fi'l ve sun'ı yoktur. Yalnız sahibine redd ve iâde eylemesi lâzım gelir. Lâkin gāsıb, bu zevâidi istihlâk veya âhara bey' ve teslim veya mal sahibi istediği halde vermekten imtinâ' eylemek gibi bir vechile ta'addî ettiğinde zâmin olur. *(Tahtâvî)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Zevâidi: Zevâid mutlak olarak zikrolunmasından müstefâd olur ki, zevâid-i mezkûre semen ve sof ve gāsıb nezdinde mağsub hayvanın büyümesi gibi gerek muttasıle-i mütevellide olsun ve gerek yavru ve yumurta ve semere-i bostan gibi munfasıla-i mütevellide olsun, sahibi bulunan mağsûbun-minhin malıdır. Yani bu iki zevâid mağsûbun-minhin malı olması ve yed-i gāsıbda emânet bulunması hükmünde müttehidddir. *(Cevhere)*

Meselâ, mağsûb hayvan yed-i gāsıbda iken büyüyüp kıymeti tezâyüd etse, mağsûbun-minh onu alır. Ve mağsûbun-minhin gāsıba nafaka ve ücret-i muhâfaza gibi masrafları vermesi lâzım gelmez. Nitekim bir kimse mezrû' tarlayı gasbedip iskā etse, mezrû'ât mal sahibinin olur. Gāsıb bu yoldaki sarfiyyatı mukābilinde bir şey

taleb edemez. Yani suvarmak yolundaki masârifi alamayacağı gibi muhâfaza için verdiği ücretleri dahi taleb edemez.

Kezâlik, bir kimse hurmalığı gasbedip de telkīh ve iskā gibi ameliyyatı icrâ ve bu bâbda masraf ihtiyar eylese, mahsûlât mağsûbun-minhin malı olduğu gibi, gāsıb masrafı dahi taleb edemez. (*Hindiyye fi'l-bâbi's-sânî*)

2- Yed-i gāsıbda hâsıl olan: Bu zevâidin emanet ve mağsûbun-minhin malı olması iki kayd ile mukayyeddir.

Kayd-ı evvel: Yed-i gāsıbda husûldür. Yani bundaki zevâidden maksûd, yed-i gāsıbda iken hâsıl olan zevâiddir. Amma mağsûbun-minh yedinde iken mevcûd olan zevâid, mebhas-i gasbdaki zevâidden ma'dûd olmayıp binâenaleyh zevâid-i mezkûrede, âtîdeki ihtilâf gayr-i cârî ve bi'l-ittifak mazmûn olur. Nitekim *Mecelle*'nin âti'z-zikr iki misâlindeki zevâid ber-vech-i meşrûh takyîd edilmesi ile buna işaret olunmuştur.

Meselâ gāsıb, mağsûbun-minh yedinde iken üzüm verip kemal bulmuş bağı gasbetse, bu sûretteki üzüm, zevâid-i mağsûb olmayıp ayn-ı mağsûb olacağı cihetle üzüm, yed-i gāsıbda velev bilâ-ta'add velâ taksîr telef olsa mazmûn olur. Bunda istihlâk şart değildir. (891. maddeye bak.) Nitekim zevaid-i mezkûre yed-i gāsıbdan gasbedilse, gāsıbü'l-gāsıb üzerine de mazmun olur. (*Hayriyye fi'l-gasb*)

Zevâid-i muttasıla-i mütevellide ile munfasıla-i mütevellide arasındaki fark: Zevâid-i muttasıla-i mütevellide ile munfasıla-i mütevellide âti'z-zikr hükümde iftirâk ederler. Şöyle ki, gāsıb zevâid-i munfasılayı istihlâk yahut âhara bey' ve teslim etse, bi'l-ittifak zaman lâzım gelir. Amma gāsıb, zevâid-i muttasılayı istihlâk yahut âhara bey' ve teslim etse, İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre, gāsıb bu zevâidi zâmin olmaz. Amma İmâmeyn rahımehümâ'llahü Te'âlâ'ya göre, gāsıb bunları dahi zâmin olur. Nitekim 891. madde şerhinde îzâhat geçtiği gibi emsilesi dahi edillesiyle âtîde zikr ve tavzîh olunur.

Kayd-ı sânî, mütevellidedir. Yani, bu maddedeki zevâidden maksûd zevâid-i mütevellide olup yoksa zevâid-i gayr-i mütevellide yani menâfi'-i mağsûb, mağsûbun-minhin malı ve mazmûn olmaz.

Menâfi'-i mağsûbun mazmûn olmaması mutlaktır. Yani, menâfi'-i mezkûre gerek itlâf edilsin; gāsıb, mağsûb bargiri bir ay işinde istihdâm eylemesi yahut âhara kiraya vererek ücret alması gibi. Ve gerek ta'tîl kılınsın; gāsıb, mağsûb bargiri işinde isti'mâl etmediği gibi kimesneye dahi kullandırmayıp bir ay yedinde imsâk eylemesi gibi. Fakat mağsûb, mal-i vakıf veya mâl-i yetim veya muaddün li'l-istiğlâl olur ise bu sûretlerde mazmûn olur. Bunun tafsilâtı Kitâb-i İcâre'de mürûr eylemiş ve bun-

lar da müteahhirîn-i fukahâ İmam Şâfi'î mezhebini ihtiyar etmiş oldukları orada şerhan mezkûr bulunmuştur. *(Ebussuud ve Aynî ve İnâye ve Netâyicü'l-efkâr)*

Hulâsa-i kelâm, 596. maddede zikrolunduğu vechile, menâfi'-i mağsûb mazmûn olmadığı gibi bedel-i menâfi' dahi mazmûn değildir. Şu kadar ki gāsıb, mağsûbu bi'l-îcâr ücretini ahzettiğinde, ücret-i mezkûre gāsıba tayyib olmayacağını tarafeyn ictihâd etmişlerdir. Fakat İmam Sâni'ye göre, ücret-i mezkûre gāsıba helâl olur. Ve müddet-i icârenin bazısı mürûr ettikden sonra mal sahibi icâreyi mücîz olduğunda, bundaki ihtilâf 447. madde şerhinde beyân olunmuş idi. *(Dürer ve Abdülhalîm)*

Şu halde, gasıb mâl-i mağsûbu âhara îcâr edip de mağsûbun-minh, "Ben îcâr ile sana emretmiş idim, binâenaleyh ücret benimdir." ve gāsıb "Emretmemiştin." diye ihtilaf ettiklerinde, söz mağsûbun-minhin olur. Fakat gāsıb îcâr ederek, müddet-i icâre dahi munkazî olduktan sonra mağsûbun-minh "Kable inkızâi'l-müddet mücîz olmuş idim." diye iddiâ ve gāsıb inkâr ettiğinde, mağsûbun-minhin kavli kabul olunamaz. *(Ankaravî)*

[**Ve**] binâenaleyh zevâid-i mezkûre gerek muttasıle, gerek munfasıla olsun; aynen mevcûd olunca aslıyla beraber sahibine reddi lâzım geleceği gibi [**gāsıb onu istihlâk eder**] yahut bi't-ta'addî yedinde telef olur [**se zâmin olur.**]

Mecelle'nin şu fıkrasındaki "onu" zamiri İmam-ı A'zam rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre, hasran zevâid-i munfasılaya râci' olarak şu halde merci'-i zamirde istihdâm vardır. Amma İmameyn'e göre ale'l-ıtlak zevâid râci'dir.

Şimdi şu ihtilâfı îzâh edelim:

Zevâid-i munfasıla iki sûretde yani birincisi, gāsıbın istihlâk yahut bey' ve teslim eylemesi gibi tesebbübüyle bi'l-ittifak mazmûn olur. Şöyle ki, gāsıb zevâid-i munfasılayı yani meselâ mağsûb kısrağın tayını âhara bey' ve teslim ederse, bi'l-ittifak zâmin olur. Ve mâlik muhayyerdir; dilerse gāsıba tazmîn ettirir, dilerse vakt-i bey' ve teslimdeki kıymetini müşteriye tazmîn ettirir. Ta'addî müşteriye teslim ile tahakkuk eder; yoksa bi-dûni't-teslîm, mücerred bey' ile ta'addî tahakkuk etmez. Nitekim vedî'ada dahi hüküm böyledir. Müstevda' mücerred vedî'ayı bey' etmesiyle zâmin olmayıp belki müşteriye teslim eylemesiyle zamân lazım gelir.

Suâl: Ziyâdenin bey' ve tesliminde yed-i mâlikin tefvîti yoktur. Çünkü bu ziyâde yed-i gāsıbda hâdis olmuştur. Binâenaleyh zamân lazım gelmemeli idi.

Cevâb: Mağsûbun-minh, mâl-i mağsûbun yed-i mâlikden ahzına mütemekkin iken, bu temekkünü bey' ve teslim ile zâil olmakla tefvît-i yed-i mâlik mevcuttur. *(Kifâye)*

İkincisi, men'-i ba'de't-taleb ile mazmûn olur. Şöyle ki, mâlik zevâid-i munfasılayı gāsıbdan taleb ettiği halde gāsıb men' edip yani ba'de't-taleb vermeyip de sonra yedinde velev bilâ-ta'add telef olsa, zâmin olur. *(Kenz)*

Zevâid-i muttasılaya gelince, bunun istihlâki İmam-ı A'zam'a göre mûcib-i zamân değildir. Amma İmameyn'e göre müstelzim-i zamândır. Mes'ele, 891. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

Fakat, burada zevâid-i muttasılanın âhara bey' ve teslîmi mes'elesi ber-vech-i âtî tafsîl olunur. Şöyle ki gāsıb, mağsûbu ziyâde-i muttasıla ile beraber âhara bey' ve teslim ettiğinde, yed-i müşteride mevcûd ise mağsûbun-minh onu yani hem mağsûbu hem de ziyâdeyi alır. Ve eğer yed-i müşteride telef olmuş ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse vakt-i gasbdaki kıymetini gāsıba tazmîn ettirir; dilerse müşteriye vakt-i kabzındaki kıymetini tazmîn ettirir; yoksa İmam-ı A'zam'a göre, mağsûbun-minh gāsıba bey' ve teslim ile istihlâk ettiği kıymet-i zâideyi gāsıba tazmîn ettiremez. Çünkü vasfa semenden bir şey mukābil olmayacağından, bey' ziyâde üzerine vârid ve ziyâde-i mezkûre mazmûn olmaz. Amma ziyâde-i munfasıla bey'de maksûd olarak onun semenden hissesi vardır. *(Ebussuudü'l-Mısrî ve fîhi delîlün âhar felyürâca')*

Fakat İmameyn'e göre bey' ve teslîm-i mezkûr ile mağsûbun-minh gāsıba dahi kıymet-i zâideyi tazmîn ettirebilir. Zîrâ gāsıb bey' ve teslim ile mâlikin kendisinden mağsûb ile ziyâdeyi istirdâd etmeğe temekkün ve iktidârını tefvît etmeğe müte'addî olmakla ziyâde-i munfasılayı dahi zâmin olduğu gibi, ziyâde-i muttasılayı dahi zâmin olur. *(Ebussuudü'l-Mısrî)* Ve böyle semen gibi yalnız zevâid-i muttasıla-i mağsûbu, mâlik taleb ettiği halde, gāsıb vermemekle yedinde telef olsa, ınde'l-İmam, bu ziyâdenin zamânı lazım gelmez. Zira gāsıb yedinde hâsıl olan meselâ mağsub hayvanın semizliğini mağsûbun-minh taleb ettiğinde, şu semizligin yalnız olarak mağsûbun-minhe def' ve teslîmi mümkün olmamakla, gāsıb mâni' addolunamayacağı cihetle zâmin olmaz. Lâkin mağsûbun-minh zevâid-i mezkûreyi yalnız taleb etmeyip belki asl-ı mağsûb ile birlikte taleb ettiğinde, asl-ı mağsûb ile beraber zevâid-i mezkûrenin reddi mümkün olmakla, bundan sonra zevâid-i mezkûre gāsıb yedinde telef olsa, yani gāsıb yedinde semizlenen hayvan ba'de't-taleb ve'l-men' zayıflansa, zaman lâzım gelir. *(Redd-i muhtâr ve Cevhere)*

[**Meselâ mağsûb olan hayvanın gāsıb yedinde**] iken [**hasıl olan sütü ve yavrusu ve bir bahçenin**] veya bağın [**yed-i gāsıbda iken husûle gelen meyvesi, mağsûbun-minhin malı olmakla**] mevcûd olunca aynen sahibine reddi lazım geleceği gibi [**gāsıb bunları istihlâk eylerse zâmin olur.**]

Zevâid-i mağsûbun istihlâk edilmesinin mûcib-i zamân olması mes'elesi, bu misâlde mutlak olarak zikrolunmasından müstefâd olur ki, zevâid-i mezkûre bedeline diğeri hâsıl olsa da olmasa da müstelzim-i zamândır.

Mesela bir kimse koyunu gasbedip de yedinde iken yün hasıl olsa, yahut bir arsayı gasbedip de onda hasıl olan ağaç yed-i gāsıbda iken dallar verse de ba'dehü gāsıb mezkûr yünü kırktıkdan ve dalları kat' ve istihlâk ettikden sonra yed-i gāsıbda iken yine ke'l-evvel nâbit olsa, evvelce kırktığı yünü ve kat' eylediği dalları zâmin olur. *(Hidâye ve Aynî ve İnâye ve Mecma'u'l-enhur)* Şüphe yok ki, koyunun ve arsanın dahi ayrıca zamanı lazım gelir.

Kezâ iki kimse beyninde müşterek birkaç re's ineği, müşteriklerden biri tagallüben ve müstakıllen alıp, bir müddet sütünü ekl ettikden ve yedinde fürû' hasıl olduktan sonra diğer şerîk ol ineklerden ve fürû'dan hissesini aldığında, sütlerden dahi hissesini tazmîn ettirebilir. *(Fetâvâ-yı cedîde)*

Misâldeki istihlâk tabiri, bilâ-ta'add velâ taksîr velâ men' ba'de't-taleb yed-i gāsıbda telef olmaından ihtiraz içindir ki, ber-vech-i muharrer telef olduğunda Eimme-i Hanefiyye'ye göre zaman lazım gelmez. Yani müşârunileyhime göre, zevâid-i mezkûre yed-i gāsıbda emanettir. Zîrâ gasb, yed-i mâliki izâle edecek sûretde mâl-i gayr üzerine isbât-ı yedden ibaret iken, yed-i mâlik zevâid-i mezkûre üzerine sâbit olmamakla, gāsıb onu izâle edemez. *(Hidâye ve Behce)*

Suâl: Bu delil, mağsûb kısrak vakt-i gasbda hâmil olunca, gāsıb onu zâmin olması iktizâ eder. Zira mâlikin yedi haml üzerine sâbittir. Halbuki, bu veled dahi mazmûn değildir.

Cevâb: Haml, kable'l-infisâl mal olmamakla mâl-i gayr üzerine isbât-ı yed tarîfi buna sâdık olmaz. *(Aynî ve Cevhere)*

İmam Şâfi'î rahimehü'llahü Te'âlâ'ya göre zevâid-i mağsûb gerek muttasıla ve gerek munfasıla olsun mazmûndur. Zîrâ müşârun-ileyhe göre gasb, mal sahibinin izni olmaksızın mâl-i gayr üzerine isbât-ı yedden ibârettir. Bu sûretde Hanefiyye ile Şâfi'iyye arasındaki şu ihtilâf, ta'rîf-i gasb hakkındaki ihtilâfa mebnî bulunmuştur. (881. maddeye ve şerhine bak.) *(Kifâye ve Hidâye)*

Kezâ, bir kimse diğer kimesne ile müşterek hayvanı -bilâ-izni'ş-şerîk- binmek üzre bir şahsa i'âre edip o da râkib olmakla, vaktinden evvel hamlini vaz' ettiği cihetle, hayvanın kıymeti noksan bulduğu gibi, yavru dahi bilâ tadd velâ taksîr telef olduğu sûretde, o kimesne hayvanın noksan kıymetini ol kimseye tazmîn ettirir. Amma telef olan yavrunun kıymetini tazmîn ettiremez. Meğer ki ta'addîsi yahut ba'de't-taleb teslimden imtinâ'ı buluna. *(Tenkîh ve Ebussuudü'l-Mısrî)*

[**Kezâlik, bir kimse birinin kovanını içindeki arısıyla beraber gasb etse**] 890. madde hükmünce [**arısıyla beraber kovanını istirdâd ettiğinde, gāsıbın yanında iken hasıl olan balını dahi alır.**] Arısıyla beraber kovanını istirdâda hakkı oldu. Zîrâ 1306. maddede dahi zikrolunduğu üzre, bu vechile muhrez olan arı, kovan gibi ihrâz edenin malı olup, hatta bunun bey'i dahi câiz olur. Bunun madde-i âtiyeden farkı şudur. Bunda hem arı hem de

bal muhrez olup, amma madde-i âtiyede arı muhrez ve mülk değil ise de bal muhrez ve mülkdür. Bu mes'ele 890. maddenin fer'i olup, fakat burada re'sen zikredilmesi, arının muhrez ve mülk olduğunu iş'âr içindir. Nitekim, bir kimse bir mevzi'e, derûnuna arı toplamak üzre kovan vaz' ederek onda arı toplansa, arı, kovan sahibinindir. *(Feyziyye)*

Gāsıbın yanında hasıl olan balı dahi mağsûbun-minhin almağa hakkı bulundu. Çünkü 1306. madde hükmünce bunların balı dahi ol kimsenin malıdır. Bu maddenin asıl misâli de şudur.

904. MADDE

[**Bir bahçede mekân ittihaz eden**] yani kendiliğinden olarak ve bahçe sahibinin medhali olmayarak yer edinip de onda bal yapan [**arıların balı**] 1305. maddede zikrolunduğu vechile [**bahçe**]nin menâfi'inden ma'dûd ve bina-berîn [**sahibinin**] mal ve mülkü [**olup**] cânib-i Mîrîye yalnız öşr-i şer'îsini verir. Binâenaleyh [**diğer kimesne ol balı ahz ve istihlâk eylese, zâmin olur.**] Nitekim bir kimsenin arsasında sa'y ü ameliyle hâsıl olan şu kadar otu diğer kimesne ahz ve istihlâk eylese zâmin olur. Amma sa'y ü ameli yoksa zâmin olmaz. (1257. maddeye bak.) *(Behce)*

Lâkin, bir kimsenin mülkünde Hudâ-yı nâbit eşcâr, ol kimsenin mülkü olup, Hudâ-yı nâbit ota makîs değildir. Binâenaleyh, kim ahz ve istihlâk ederse zâmin olacağı 1244. maddeden dahi müstefâd olur. *(Feyziyye)*

Şu maddede iki mes'ele beyân olunuyor:

Birincisi: Ol bal bahçe sahibinin olmasıdır. Mevzû'-ı mes'ele gasb olduğuna nazaran, bunun burada zikri gayr-i münâsib zannolunur ise de mezkûr bal mübâh olarak âhıze zamân lâzım gelmemesi, tevehhümü def' için zikrolunmuştur. Vâkı'â bir şeyi ahz ve istihlâk eden kimsenin üzerine zamân lâzım gelmesinde, ol şey bir kimsenin mülkü olması, yani herkes için ahz ve istihlâki câiz olan mübâh olmaması lazım gelir. Nitekim 881. maddede "malını" denilmekle buna işaret olunmuştur.

İmdi, bir zat tarafından nâs üzerine nisâr olunan para, içlerinden bir kimsenin tehiyye eylediği zeyline düştüğünde, mezkûr para ol kimsenindir. Diğer kimesne onun zeylinden meblağ-ı mezkûrü alsa gāsıb olur. Amma zeylini şu para için tehiyye etmeden düşse onun olmayacağından, diğeri alabilip, alan gāsıb olmaz. Şu kadar ki bu takdirde bu para zeyle düştükten sonra alâ kasdı'l-ihrâz zeylini toplasa, yine mâlik olacağından ondan sonra diğeri alsa gāsıb olur. (2. maddeye ve şerhine bak.)

Nitekim, bir kimse diğer kimesnenin mu'allem keblini gasb ve istihlâk etse zâmin olur. *(Feyziyye)*

İkincisi: İstihlâk olunduğu takdirde zamân lazım gelmesidir ki bu mes'ele 891. maddenin fer'idir.

Bu bal, sayd gibi olmadığı misillü, saydın yumurtası gibi dahi değildir. Zîrâ kuş tayerân edeceği cihetle bahçenin menâfi'inden ma'dûd olmayacağı gibi, yumurtası dahi kuş olup uçabileceğinden, bahçenin menâfi'inden ma'dûd olmayıp mübâh hükmündedir.

Tafsîlât-ı mezkûreden anlaşılır ki, mezkûr arıları diğer kimesne ahzetse mâlik olur. Bahçe sahibi onu istirdâd edemez. Zîrâ bu arılar sayd kabîlinden olup, sayd ise 1297. madde hükmünce mübâh olarak herkes onu ahzedebilir. İmdi, *Mecelle*'de "arılar ve balı" denilmemesi buna mebnîdir.

FASL-I SÂNÎ

[**Gasb-ı akāra müte'allik bâzı mesâil beyânındadır.**]

Akārda gasbın cereyânı hakkında müctehidîn ihtilâf ettikleri cihetle madde-i âtiye kemâ yenbeğî anlaşılmak için şu ihtilâfın beyânı lâzım gelir.

Gasb-ı akārda iki hüküm vardır.

Hükm-i evvel: Zaman-ı reddir. Yani mağsûb akār yed-i gāsıbda aynen mevcud olunca sahibine redd ve iade olunmasının lüzumudur. Lüzum-ı redd ve iadede âti'z-zikr ihtilâf mevcud olmayıp müttefekun-aleyhdir. Madde-i âtiyenin fıkra-ı ûlâsında beyân olunan budur. Yani gasb-ı akār bi'l-ittifak mûcib-i redd ve iadedir. (*Kuhistanî*)

Hükm-i sâni: Zamân-ı bedeldir. ***Şeyhayn'a*** göre bunda gasb cârî olmaz. Şöyle ki bir kimse diğer kimesnenin boş hanesine bilâ-izin girse, yahut onda bilâ-izin ikāmet etse İmam-ı A'zam ve İmam Ebû Yusuf'a göre ol kimse haneyi gasb etmiş addolunmaz. (*Hindiyye kubeyle'l-bâbi's-sâlis*)

Bunun tafsîli şudur: Akār-ı mağsûb yed-i gāsıbda bilâ-teadd vela taksîr telef olduğu takdîrde, yâni meselâ mağsûb arz, sel altında kalsa yahut kumsal haline girip intifâ' olunamaz hale gelse yahut mağsûb arz üzerine bir dağ göçmekle altında kalsa Şeyhayn'a göre zamân lâzım gelmez. Çünkü akārın nakil ve tahvîli mümkün olmamakla aynda vâki' olan bir fi'il ile izâletü'l-yed mümkün olmaz. (881. madde şerhine bak.). Zîra mahalde bir fi'il îkā' edilmeksizin gasb tahakkuk edemez. Akārda ise böyle bir fi'ilin îkā'ı mümkün değildir. Görülmez mi ki mâlikin akārdaki yedini izâle etmek, mâliki ondan ihrâc ile olabilir. İhrâc-ı mezkûr ise mâlikte bulunan bir fi'ildir. Yoksa akārda bulunan fi'il değildir. (*Hidâye*) İşte akārda ihrâc-ı mâlik ile izâle-i yed-i muhıkka hâsıl olur ise de, bu izâle aynda olan fi'il ile olmayıp, belki sakinde bulunan bir fi'il iledir. (*Netâyicü'l-efkâr*)

Buna mebnîdir ki bir kimse diğer kimesneyi hanesine girmekten men' etse, yahut ahz-ı malına mâni olsa, yahut mâliki malından teb'îd etse de malı zâyi' olsa zamân lâzım gelmez. (*Bezzâziyye*)[33]

Şu kadar ki İmam Muhammed'e göre akārda istîla, izâle-i yed-i muhıkka makāmına kāim olarak gāsıba zamânı bedel dahi lâzım gelir. Çünkü bir kimsenin diğerin hânesinde vaz'-ı emtia eylemesi veya onda sâkin olması gibi hallerde gāsıbın ol hânede yed-i mubtılesi sâbit ve mahall-i vahidde mütehâlif yedinin ictimâ'ı müstehîl olmakla[34] bi'z-zarûre yed-i

---

33

34 وانما لم يضمن بيبس الزرع والشجر فى غصب الارض والكرم لانهما لم ينقلا عن محلهما او فى حكم العقار, قهستانى.

mâlikin zevâli lâzım geldi. Bu takdîre yed-i muhıkkanın izâlesi hâsıl olduğu gibi yed-i mubtılenin isbâtı dahi tahakkuk eylemiştir. (*Hidâye* ve *Aynî* ve *Kifâye*)[35]

Hulasa, İmam Muhammed, gasbın tahakkukunda İmam Şâfi'î gibi isbât-ı yed-i udvânın kâfi olduğuna kāil değildir. Eğer buna kāil olsa idi imam-ı müşârunileyh dahi zevâid-i mağsûbun mazmûniyyetine kāil olurdu. Belki imam-ı müşârunileyh İmam-ı A'zam gibi gasbın iki vasıf yâni izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıle ile tahakkuk edeceğine kāildir. (*Tahtâvî*)

Lakin İmam Züfer ve Eimme-i Selâse yâni Mâlik ve Şâfi'î ve Ahmed rahimehümüllahü Te'âlâ İmam Muhammed gibi gasb sebebiyle akārın mazmûn olacağına kāil olmuşlardır. (*Hidâye*) Fakat İmam Muhammed ile eimme-i müşarunileyhim arasında sebebde ihtilâf mevcud olup İmam Şâfi'î, mücerred isbât-ı yed-i mubtıle kâfi olup izâle-i yed-i muhıkka lâzım olmadığına kāil olduğundan, gasb-ı akāra zâhib olmuş iken İmam Muhammed, gasbda izâle-i yed-i muhıkka ma'a isbât-ı yed-i mubtıle lâzım olup fakat akārda istîla, izâle-i yed-i muhıkka makāmına kāim olduğuna zâhib olmuştur.

Semere-i ihtilâf: Şeyhayn ile İmam Muhammed ve Eimme-i Selâse arasındaki semere-i ihtilâf âti'z-zikr iki mes'elede zahir olur.

Mes'ele-i ûlâ: Bir kimse bir haneyi gasb ve âhara bey' ve teslim edip bunu ikrar ettiği halde müşteri bâyi'inin gasbını inkar etse de ol kimse mezkûr hane kendisinin olduğunu isbât edemese, Şeyhayn'a göre zamân lâzım gelmez. Yâni ol kimse mezkûr hanenin kıymetini mağsûbun-minhe vermesi icab etmez. Zira ol kimse mezkûr haneyi tahvîl ve tağyir etmiş olmayıp, itlâf ise bey' ve teslim ile değil belki mâlikin beyyine ile isbât-ı müdde'âdan aczinden dolayı hâsıl olmuştur. Görülmez mi ki mağsûbun-minh ol hane mülkü olduğunu isbât ettiğinde lehine hükmolunup müşteriden istirdâd eder. İmam Muhammed ve Şafi'î'ye göre zamân lâzım gelir. (*Hidâye* ve *Aynî* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara) Mütûn-i fıkhiyyede Şeyhayn mezhebi tercih ve neticede dahi ol vechile iftâ edilmiştir.

Mes'ele-i sâniye: Zevâid-i mağsubdur ki Eimme-i Hanefiyye'ye göre zevâid-i mezkûre gayr-i mazmûn ve İmam Şâfi'î'ye göre mazmûndur. (881. madde şerhine bak.)

Akâr, gasb ile mazmûn olmaz zabıtasından müstesnalar:

Ancak, mağsûb akār vakıf olduğu takdîrde fetvâ, İmam Muhammed mezhebi üzre gasb ile lüzum-ı zamân hakkındadır. Ve akār-ı yetim bu mes'elede vakıf gibidir. (*Dürr-i Münteka*) Binâenaleyh, bir kimse vakf-ı akārı gasbedip yedinde iken âfet-i semâviyye ile telef oldu-

35 لان احدهما موجبة للضمان واخرى ليست بموجبة بخلاف اجتماع اليدين المتوافقين فانه يجوز كالشريكين فى عين واحدة من جنس واحد. عينى.

ğu sûretde, zamân lâzım gelir. Mal-i yetim ile mu'addün li'l-istiğlâl olan akār dahi gasb ve telakkī ile mazmûn olur. (*Hamevî*)

Akār altı mes'elede mazmûn olur.

1- Mağsûb akār vakf olduğunda yed-i gāsıbda telefi bilâ-teadd olsa bile mazmûn olur. Bu vecihle gāsıb tazmîn-i kıymet ile mahkûm olunca kendisinden istihsâl olunan şu kıymet ile diğer akār vakf için iştirâ olunarak evvelki akār vechile vakf olur. (*Tahtâvî*)

2- Mağsûb akār, mâl-i yetim bulunduğunda yed-i gāsıbda telefi bilâ-te'add olsa bile mazmûn olur.

3- Mağsûb akār mu'addün li'l-istiğlal olduğunda mazmûndur.

4- Mağsûb akār, âhara bey' ve teslim edildiğinde mazmûn olur. Zîra bey' ve teslim istihlâkdır. (*Tahtâvî*)

5- Vedî'a olan akār, müstevda' tarafından inkâr olunduğunda bundan sonra telefi bilâ-te'add olsa bile mazmûn olur.[36]

6- Şâhidler akār müdde'înin mülkü olduğuna şahadet etmeleri üzerine, hakim dahi ol akārı müdde'î için hükmettikten sonra şahâdetlerinden rücû' ettiklerinde, şâhidlere ol akārın zamânı lâzım gelir. (*Dürr-i Müntekā*)[37]

Ber-vech-i bâlâ îzâh olunan mesâil zât-ı vakfın zamânı hakkındadır. Amma Kitab-ı İcâre'de beyân olunan menâfi-i vakfın zamânı hakkında olmakla, bunlar yekdiğerden tefrik olunmalıdır.

Atide îzâh olunacağı üzre *Mecelle*'de gasb-ı akār hakkında Şeyhayn mezhebinin tercih olunduğuna işaret vardır. Şu halde ünvan-ı fasılda gasb-ı akār ta'bîrinin isti'mâli ya alâ sebîli'l-müşâkele mecâzdır.{تعلم ما فى نفسى ولااعلم ما فى نفسك} (Mâide 5/116) ayet-i celilesiyle {جزاء سيئة سيئة مثلها} (Şûrâ 42/40) ayet-i kerîmesinde olduğu gibi. Yahut ünvan-ı mezkûrdeki gasb, mana-yı lugavîsinde müsta'meldir. Zîra gasb, lugaten bir şeyi tagallüb tarîkıyla ahzdan ibaret olup bunda izâle-i yed-i mâlik muteber olmamakla bu ma'nâca gasb, akārda dahi tahakkuk eder. (*Hidâye* ve *Netâyicü'l-efkâr*)

905. MADDE

[**Mağsûb, eğer akār kabilinden ise gāsıb onu tağyîr ve tenkīs etmeyerek sahibine redd etmesi lâzımdır.**] Zîra mâl-i mağsûb aynen mevcud olunca sahibine redd olunacağı 890.

---

36 والصحيح قول الشيخين فى غير الواقف وقول محمد فى الواقف, قهستانى ملخصا.

37 وفى التبيين ومسئلة الوديعة على الخلاف فى الاصح, طحطاوى.

Maddede musarrah olup bu hükümde Eimme-i Hanefiyye ve Şâfi'iyye müttefik bulundukları bâlâda îzâh olundu.

Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin hanesine veya dükkânına gasben girip ikāmet eder ise, ol kimse oradan ihrâc olunarak o kimesneye redd ve iade olunur.

[**Ve gāsıbın**] sükna ve zirâat ve demircilik gibi [**sun' ve fi'li ile ol akārın kıymetine noksan gelse**] yani meselâ cüz-i muayyeni telef olsa [**noksan kıymetini zâmin olur**.] (*Kuhistanî*) Bu zamân, zamân-ı gasb olmayıp belki zamânı itlâftır. 907. madde dahi bu maddenin fer'idir. Bu hüküm akāra mahsus değildir. Menkūlde dahi cârî olduğu 900. maddede musarrahtır.[38]

İmdi, şu fıkra-i sâniye vechile akār-ı mağsûba getirilen noksan miktarı, mâl-i mağsûb itlâf edilmiş demek olmakla 912. ve 917. maddeler hükmünce, zamân muhakkak ve Eimme-i Hanefiyye ve Şâfi'iyye bunda müttefiktir.

Ancak noksan-ı mezkûr, akārın rubu' kıymetinden dûn ise, hasran zamân-ı noksan lâzım gelir. Amma rubu' kıymetine muâdil veya ziyade olursa 900. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre akār, emvâl-i ribeviyyeden ma'dûd olmadığı cihetle mağsûbun-minh mezkûr akārı gāsıba terkle küll-i kıymetini tazmîn yahut akārı alıkoymakla beraber, noksân kıymetini tazmîn ettirmekte muhayyerdir.

[**Meselâ bir kimesne gasb eylediği**] malın [**bir hanenin bir yerini hedmedip yahut süknâsı**] ve ameli [**sebebiyle harab olup da kıymetine noksan gelse**] bi'l-icma' [**miktar-ı noksanı zâmin olur**.]

Îzâh-ı kuyûdü'l-misal:

1- Bir yerini: Bu ta'bîr ihtirâzî olmayıp, bir kimse diğer kimesnenin hanesini gasb ve tagallüben hedm ve nakzını istihlâk eylese, o kimesne bina-yı mehdûmün mebniyyen kıymetini ol kimseye tazmîn ettirir. Yoksa arsanın kıymetini tazmîn ettiremez. Zîra arsa kāimdir. (*Mecmûa-i cedîde*)

2- Süknâsı sebebiyle: Amma gāsıb, mağsûb hanede sakin iken süknâsı sebebiyle münhedim olmayıp da belki âfet-i semâviyye ile münhedim, yahut kıymetine noksan târî olsa, Şeyhayn'a göre zamân lâzım gelmez. Şöyle ki gāsıb, mağsûb hanede sakin iken komşuda vukū' bulan harîkden dolayı muhterik veya zelzeleden nâşi münhedim olsa gāsıba zamân lâzım gelmez.

---

38 اما على قول محمد والشافعى فظاهر واما على قول ابى حنيفة وابى يوسف فكانه اتلاف والعقار يضمن به, عنايه. والشهود انما يضمنون بالرجوع لكونه ضمان اتلاف لاضمان غصب حتى لو اقام الشاهد بينة ان العقار له لاتقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف, طحطاوى.

Bu maddenin fıkra-i sâniyesinde ve misallerinde sun' ve fi'li kaydı zikrolunmuş ve İmam Muhammed'e göre bilâ-sun'i'l-gāsıb, akār-ı mağsûba noksan târî ve telef olsa dahi mazmûn bulunmuş olduğuna göre, *Mecelle*'de Şeyhayn mezhebi ihtiyar olunduğuna işaret vardır.

Gāsıbın sun'iyle olan noksanın zamânı lâzım geldiği halde, bilâ-sun' olan noksanın zamânı lâzım gelmiyor. Fark şudur: Fi'l-i gāsıbla olan noksan, gāsıbın itlâfıyla olup, akār ise itlâfıyla mazmûn olarak izâle-i yed-i muhıkka ve isbât-ı yed-i mubtıle bulunmak şart değildir. Hür olan benî Âdem itlâf edildiğinde mazmûn olacağı gibi. Nitekim bir kimse diğerin arsasındaki toprağı alıp, kendi arsasına nakleylese, kıymeti zâmin olur.

İmdi akār, anda izâle-i yed-i muhıkkanın adem-i imkânı mülâbesesiyle gasb ile mazmûn değil iken itlâf ile mazmûn olur. (*Hidây*e ve *Aynî* ve *Zeylaî* ve *Molla Misk*în ve *Ebussuû*d)

3- Mikdar-ı noksanı: Bundan müstefâd olur ki, gāsıb ke'l-evvel binaya cebrolunamaz. Nitekim 918. madde şerhinde îzâh ve sebebi beyân olunur.

[**Kezâlik gāsıbın hâne-i mağsûbda yaktığı ateşten hane muhterik olsa**] gāsıb bi'l-icmâ' [**mebniyyen kıymetini zâmin olur**.] Zîra bu halde mağsûb akār gāsıb tarafından itlâf edilmiş demek olup akārın itlâfı ile mazmûn olması bi'l-ittifaktır. (*Hidây*e) (903. maddenin fıkra-i ahiresine dahi bak.) Mezkûr ateşi gerek ber-mu'tâd yakmış olsun ve gerek hılaf-ı mu'tâd yakmış olsun hükümde müsavidir ki fetvâlarda dahi bu vecihle mutlak olarak zikrolunmuştur. Yâni iki sûretde dahi harîk zuhûriyle hane muhterik olunca gāsıba zamân lâzım gelir. Vâkı'â bir kimse me'cûr hanede ber-mu'tât ateşi yakmak sebebiyle hane muhterik olsa zamân lâzım gelmez. Fark şudur: Müste'cirin me'cûrda ikāmeti akde müstenid ve meşru'dur. Amma gāsıbın mağsûb olan akārda ikāmeti gayr-i meşrû' ve zulümdür.

Lâkin mezkûr hane, mahallede zuhur eden harîkten dolayı muhterik olsa, Şeyhayn'a göre zamân lâzım gelmez. Lâkin İmam-ı Sâlis'e göre zamân lâzım gelir. Nitekim bir kimsenin gasbeylediği bahçeye sel gelip de ebniye ve eşcârını götürse, yahut arz-ı mağsûba su basmakla kıymetine noksan gelse, yahut mezkûr arz külliyyen su altında kalsa, yine Şeyhayn'a göre zamân lâzım gelmez. (*Hindiyy*e)

Bu fıkrada "gāsıbın yaktığı ateşten" denilmenin hikmeti şudur. Bir kimsenin gasbeylediği akār yedinde iken gerek bu fıkrada ve gerek evvelki fıkradaki zarar ve ziyanlar o gāsıbın fi'liyle olmayıp da diğer bir kimesnenin fi'li ile vâki' olduğunda Şeyhayn'a göre zamân o kimesne üzerine lâzım gelir. Ve İmam Muhammed'e göre bu sûretde mâlik muhayyerdir. Gāsıb ile o kimesneden dilediğine tazmîn ettirebi-

lir. Şöyle ki meselâ gāsıbın gasbeyyelediği akār yed-i gāsıbda iken diğer bir kimesne onu hedm yahut eşcârını kat' etse, İnde Muhammed, mâlik muhayyerdir. Dilerse gāsıba dilerse o kimesneye tazmîn ettirebilir. Ve mütlif kimesneye rücû' edemez ise de gāsıba tazmîn ettirdiğinde gāsıb mütlife rücû' eder. (*Cevhere* ve *Bezzâziyye* fî evâili'l-gasb ve *Hindiyye* fî evâhiri'l-bâbi'l-evvel mine'l-gasb)

906. MADDE

[**Mağsûb, arz olup da gāsıb onun üzerine**] nefsi için [**ebniye inşâ yahut**] kürum vesaire gibi [**eşcâr gars etse**] bunların kal'ı arza muzırr değil ise, lede't-taleb bunların kıymetleri arzın kıymetinden ekser olsa bile [**bunları**] derhal [**kal' ile arzı**] ebniye veya eşcârdan fâriğ olarak sahibine [**redd etmek üzre gāsıba emrolunur**.] (*Tahtâvî*) Hatta gāsıb, "Kal-ı mezkûr ebniye veya eşcârıma muzırrdır." yahut "Ebniye ve eşcârımın kıymeti ziyadedir." bahanesiyle kal'dan imtinâ' edemeyeceği gibi mağsûbun-minh, ebniye veya eşcâr arza tâbidir diye kal'a mümânât yahut -ebniye veya eşcârın kal'ı arza muzırr değil iken ebniye veya eşcârın kıymetlerini vererek temellük ederim iddiâsını dahi edemez. (*Behce*) Şu kadar ki ebniye veya eşcârın kal'ı arza muzırr olunca mağsûbun-minhin ebniye veya eşcârı temellük etmek hakkına mâlik bulunduğu fıkra-ı âtiyede mezkûrdür. (*Tahtâvî*)

Kezâ bir kimse diğer kimesnenin mülk değirmenine cereyân eden nehr-i tâhirin etrafında olup, ilkā-i tıyn edegeldiği mevâzia tagallüben eşcâr gars eylese, ol eşcârını o kimesne kal' ve ref' ettirebilir. (*Mecmu'a-i Cedîde*) Nitekim bir kimse zevcesinin arsasında onun izni olmaksızın kendi malıyla nefsi için bina ihdâs ettikden sonra zevcesi fevt olmakla, verese arsayı taksim ettiklerinde mezkûr bina diğer vârisin hissesinde kalmakla binanın kal'ı arsaya muzırr olmadığından ol kimse binayı kal' etmek istediğinde, sâir verese "Binayı mirasa idhal ederiz." diyemezler. (*Feyziyye*)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Arz: Bu ta'bîr bu itibar ile ihtirâzî değildir. Zîra meselâ bir kimsenin hanesi diğer kimesnenin yedinde olmakla, o kimesne onda müste'ciren sâkin olan bir şahsa duvar ve sakflarının tâmirine izin ve masrûfunu ücretden icra-yı mahsubuna ruhsat verdiğinde o da tâmir etse, o kimesnenin ol kimseden vekâlet ve me'zûniyyeti ve icâzeti olmadığı halde muhdesâtın kal'ı binaya muzırr olmayınca, o şahıs binasını kal' ve ref' ederek götürebilir. (*Tenkīh*) Diğer itibar ile ihtirâzîdir.Şöyle ki bir kimse bir ağaç gasbedip inşâ etmekde olduğu binasına idhal yani yapısında isti'mal etse, mülk-i mâlik zâil ve gāsıb üzerine kıymeti lâzım gelir. (*Cevhere*) Bu takdîrde gāsıb binayı nakz ile mağsûb ağacı hal-i aslîsi üzre redd etmek istediğinde bakılır. Eğer hâkim bedeliyle hükmetmiş ise gāsıbın buna hakkı yoktur. Ve eğer hâkim henüz be-

deliyle hükmetmemiş ise, bâzı fukahaya göre nakz-ı bina ile redd-i mağsûb câiz ve helal olur. Fakat diğer bâzı fukahaya göre câiz ve helal değildir. Zîra bunda bilâ-fâide malın tazyî'i vardır. (*Tahtâvî* ve *Dürr-i muhtâr*)[39]

Nitekim bir kimse diğer kimesnenin ipliğini gasbedip de elbisesini dikse, ipliğin bedelini zâmin olur, yoksa elbise nakzedilerek iplik istirdâd olunamaz. (*Cevhere*)

2- Derhal: kal' edilmek derhal lâzım gelir.gāsıbın istimhâle hakkı yoktur. Şöyle ki gāsıb, arz-ı mağsûbda fidenler dikmiş iken mağsûbun-minh mevsim-i sayfda onun kal'ını istediğinde, gāsıb diğer mekânda ol fidanları dikmek üzre vakt-i rebîa kadar istimhâl ettiğinde mağsûbun-minhin rızası olmadıkça imhâl edilmez. Fakat sahib-i arz, rızasıyla o fidanları satın alsa câiz olur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâmin)

3- Gāsıba emrolunur: Bu takdîrde gāsıb kal' ve ref'inden ebâ ve gaybet ettiğinde mağsûbun-minh hâkime mürâca'at ederek ba'dehü meûnet-i kal'ı gāsıbdan almak üzre kal'ına emir ve ruhsat alarak kadr-ı ma'rûf meûnet ile onları kal' ettirerek enkaz yahut eşcâr-ı maklûayı gāsıba teslim ettiğinde, meûnet-i kal'ı dahi gāsıbdan alabilir. (*Behce*)

Nitekim arz sahibi dahi bunları bizzat kal' edebilip, bundan dolayı zamân lâzım gelmez ise de gāsıbın ağaç ve tuğla ve kiremitleri kırmaması lâzım gelir. (*Hindiyye*)

4- Kal' ile: Kal' ve reddin lüzumu şundandır ki hadîs-i âlîde {***Leyse li-'ırkin zâlimin hakkun***} yâni "zâlim damar için hak ve sübut yoktur" buyrulmuş olup, bunda Irk'ın zulm ile vasfı sâm-ı nehâra ve kām-ı leyle kabîlinden mecazdır. (*Zeylaî*)[40]

Ve bir de arz müstehlek olmamakla, sahib-i arzın hakkı, arzda bâki olup, binâenaleyh temellük-i için bir sebeb iktiza eder, halbuki öyle bir sebeb yoktur. Bu cihetle bir kimse diğer kimesnenin kabına bir şey vaz' ile onu işgal etse, tefrîğ ile emrolunacağı gibi, bunda dahi tefrîğ ile emrolunur. (*Hidâye*)

Tefrîu'l-mesâil: *Mecelle*'nin şu fıkrası üzerine mesîl-i âtiye teferru' eder.

1. Mes'ele: Bir kimse bir karye ahalisinin araba çekmelerine mahsus bir yerde bina yaptırsa ahalisi hâkime bi'l-mürâca'at ebniyesini kal' ettirebilirler. (*Behce*).

---

39 اذا رفع التراب من ارض الغير اذا لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع ان نقصت الارض برفعه ضمن النقصان وان لم تنقص فلا شئ عليه ولايؤمر بالكبس وان قال به بعض العلماء وان كان للتراب قيمة فى ذلك الموضع ضمن قيمته تمكن النقصان فى الارض او لم يتمكن ومن حفر حفرة بارض غير واضر ذلك بارضه يلزم النقصان وقوله اضر ذلك يشير الى انه لو لم يضر ذلك بارضه لاشئ عليه, هنديه فى الباب الثالث.

40 رجل غصب ساجة وادخلها فى بنائه فانه يتملك الساجة وعليه قيمتها فان كانت قيمة الساجة والبناء سواء فان اصطلحا على شئ جاز فان تنازعا يباع البنا عليهما ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما, خانيه.

2. Mes'ele: Bir kimse, diğer kimesne ile müşterek arsada nefsi için bina ihdâs ettiğinde, o kimesne arsayı taksim ettirerek hissesinde kalan ebniyeyi kal' ettirebilir. İşbu kal' ve ref' arsaya muzırr olmadığı takdîrde o kimesne buna mümânaat ve ebniyeye müdâhale edemez. (*Behce* ve *Câmi'u'l-fusûleyn*)[41]

İhtilâf-ı Fukahâ: Bâzı fukaha, mağsûb arz üzerinde muhdes ebniye ve eşcârın kıymeti arzın kıymetinden gerek ziyade ve gerek noksan olsun ebniye ve eşcârın kal'ı lâzım geleceğini beyân eylemişlerdir ki Şeyhulislâm *Ebussuûd* ile *Ali Efendi* bu vecihle iftâ etmişlerdir.

Fi'l-hakīka gāsıb, emr-i gayrimeşrûu irtikâb ile cânî olduğu halde cinâyet ettiği hususda cânînin menfâti ciheti gözetilmek, yani gāsıbın ebniyesinin kıymeti arsadan ziyade olur ise, gāsıbın malı zâyi' olmasın için arsayı temellük etmesine hak vermek muvâfık-ı adâlet olmayacağından, bâb-ı zulmün seddi için ale'l-ıtlak kal'ı lâzım gelir. *Mecelle*'nin ânifü'z-zikr fıkrasında bu kavil, yani ale'lıtlak lüzum-ı kal' müstefâd olur. (*Aynî*)

Mes'ele-i mezkurede gāsıbın fi'li gasbı, ihtiyârî ve 902. maddedeki mesâilde vâki' olan hal, emr-i ıztırarî olmakla şu mes'ele ile mârru'z-zikr 902. maddedeki mesâil beyninde fark zâhirdir. (*Tenkīh*) Şu mes'ele, tafsîlat-ı lâzimesiyle *Tenkīh*'in Kitâb-ı Gasb'ında zikrolunmuştur. Diğer bâzı fukahâ, ekalli eksere tabi kılmışlardır. Şöyle ki meselâ binanın kıymeti ekall, ve arzın kıymeti ekser olunca, mâlik-i arz, gāsıba binanın kıymetini bi'l-i'tâ binayı temellük etmeğe hakkı olduğu gibi, binanın kıymeti ekser ve arzın kıymeti ekall olduğu takdîrde sahib-i bina, arzın kıymetini bi'l-i'tâ arzı temellük edeceğine zâhib olmuşlar ise de Şeyhulislâm Ebussuûd, bu kavl ile iftâ câiz olmadığını beyân eylemiştir.

İhtilâftan Müstesna: Maa-zâlik mârruz-zikr ihtilâf mağsûb arz, mülk olduğu sûrettedir. Amma vakıf olur ise mutlaka kal' ve redd ile emrolunur. (*Mecma'u'l-enhur*)

[**Ve eğer ebniye veya eşcârın kal'ı arza muzırr**] yani kal' sesebiyle arzı ifsâd edecek sûretde arza noksan-ı fâhiş ârız olacak [**ise**] ebniye ve eşcârın kıymeti arzın kıymetinden gerek ziyade ve gerek noksan olsun [**mağsûbun-minh**] dilerse [**onların müstahıkku'l-kal' olarak kıymetlerini i'tâ ile onları**] yâni ebniye ve eşcârı [**dahi zabtedebilir.**] ki bunda gāsıbın rızası şart değildir. Zîra bu sûretde ikisi de menfât bulduğu gibi ikisinden dahi def'i mazarrat vardır. (*Hidâye*) Çünkü bina ve ağaç gāsıbın malı olmakla onları gāsıba vermemek ona ızrâr bulunmakla câiz olmadığı gibi

41 بتنوين عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض على وجه الاغتصاب وقد روى بالاضافة اى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه, ابو السعود المصرى.

bunları kal‘ ise teslimde dahi mal sahibine yani mağsûbun-minhe zarar olup, zarar ise 19. madde mucebince memnû‘ olduğundan câiz değildir. (*Aynî*)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Muzırr ise: Bu ibâre esna-yı şerhde zarar-ı fahiş ile tefsir olundu. Zîra kal‘ sebebiyle arza noksan-ı kalîl geleceği anlaşılırsa eşcâr veya ebniye kal‘ olunarak mağsûb olan arzın sahibine reddi lâzım gelir. Ve gāsıb noksan-ı arzı dahi zamin olur. (*Redd-i muhtâr*)

2- Müstahıkku'l-kal‘ olarak bu kıymetin lâzım gelmesi şundandır: Gāsıbın ol arsada hakk-ı karârı yani ebniye ve eşcârı ibkā etmek hakkı yoktur. Binâenaleyh bunların kāimen kıymetleri lâzım gelmez. (*Ebussuûd Hâşiyetü'l-Kenz*) Müste'cir, akār-ı me'cûrda bin ihdâs eylese veya ağaç gars etse, hüküm böyle olduğu 531. madde şerhinde îzâh olunmuş idi.

3- Edebilir: Bu ta‘bîrden müstefâd olur ki bu takdîrde yani ebniye ve eşcârın kal‘ı arza muzırr olduğu sûretde dahi mağsûbun-minh ebniye veya eşcârı müstahıkku'l-kal‘ olarak kıymetleri ile temellük etmeyip zararına razı olarak kal‘ ettirmeğe hakkı vardır. (*Tahtâvî*) Zîra hakk-ı temellük, mağsûbun-minhe verilmiş olması onu zarardan vikāye için idi. Bunun nazîri fıkra-ı âtiye şerhinde mezkûrdür.

Fıkra-ı ûlâdan müstesna mes'ele:

[**Fakat ebniye veya eşcârın kıymetleri arzın kıymetinden ziyade olup da**] ebniye inşâ yahut ağacı gars eden kimse, kendisine mülkü ifade eder. [**sebeb-i şer‘î**] nefsü'l-emrde mevcud olmak [**zu‘muyla**[42] **inşâ yahut gars olunmuş**] olduğu halde mezkûr sebeb nefsü'l-emirde mevcud olmadığı muahharan tahakkuk eder [**ise ol halde ebniye veya eşcârın sahibi arzın kıymetini i‘tâ ile arzı temellük eder**.] Velev ki şu temellüke sahib-i arzın rızası bulunmaya. Yani bu temellükde iki şart vardır.

Şart-ı evvel: Ebniye veya eşcârın kıymetleri arzın kıymetinden ziyade olmaktır. Bu vecihle kıymet-i mezkûre ziyade olunca arsadan hakk-ı mâlik munkatı‘ ve kıymete münkalib olur. Bu takdîrde ebniye veya eşcâr sahibinin hakk-ı temellükü var iken şu hakkını isti‘mal etmeyip de ebniye veya eşcârını kal‘ ile arzı sahibine redde razı olduğu sûretde nazar olunur. Hâkim arzın kıymetini i‘tâ etmesiyle gāsıbı mahkûm etmiş ise artık ol arzı reddedemez ise de kable lühûkı'l-hüküm reddedebileceğini bâzı meşâyih zikreylemiştir. (*Hindiyye* ve *Şürünbülâlî*)

---

42 رجل قلع تالة من ارض رجل وغرسها فى ناحية اخرى من تلك الارض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قطع التالة ويؤمر الغاصب بقطع الشجرة فان كان القلع يضر بالارض كان لصاحب الارض ان يعطيه قيمة الشجرة المقطوعة, خانيه.

Şart-ı sâni: Ebniyenin inşâsı veya ağacın garsı ol arz kendisinin mülkü olması hakkında mevcud olan sebeb-i şer'î zu'mu üzerine olmalıdır. Şart-ı evvel bulunmasa ebniye ve eşcârın kal'ı lâzım geleceği gibi şart-ı sâni bulunmasa hükm-i mes'ele bu maddenin fıkra-ı ûlâsına ric'at eder.

"Ziyade olup da" denildi. Zîra ebniye veya eşcârın kaymetiyle arsanın kıymeti müsâvî olduğu takdîrde biri diğerinin malının bedeli vermek yahut ikisi de bey' ederek semenini aralarında mütesâviyen taksim etmek gibi bir şey üzerine ittifak etmek isterler ise fe-biha. Ve illa arsa ile ebniye veya eşcâr bey' olunarak semeni beynlerinde taksim olunur. (*Şürünbülâlî* ve *Tahtâvî*)

[**Meselâ bir kimse pederinden mevrûs olan arsa üzerine ol arsanın kıymetinden ziyade akçe sarfıyla ebniye inşâ ettikden sonra biri arsaya müstahık çıksa, ol kimse arsanın kıymetini verip**] arsa sahibi razı olmasa bile [**arsayı zabteyler**.]

Bu misalde "akçe sarfıyla .... ilâ âhirihi" baresi muhtac-ı îzâhtır. Ebniye veya eşcârın nefsü'l-emirdeki kıymetleri muteber olup yoksa ol kimsenin masrufu muteber değildir. Meselâ arsanın kıymeti kırk, ve ebniyenin kıymeti otuz lira olduğu halde, ebniye sahibi fazla para sarfederek mezkûr ebniyeyi altmış altuna yaptırmış olsa, bunda ebniyenin kıymeti arsanın kıymetinden fazla addolunamayacağından, "akçe sarfıyla" ibaresinden maksad, 2 sarf olunan akçe, binanın kıymet-i hakikiyesine muadil olduğu takdîrde" demektir.

Gāsıb, gasb-ı vâki' kendisine mülk ifade eder za'mında olduğu iddiâsıyla işbu fıkra hükmünden istifade edemeyeceği gibi istîcar dahi sebeb-i şer'î hâsıl edemeyeceği 531. maddeden müstefâd olur.

Fakat iştirâ ve ittihâb ve kabul-i sadaka sebeb-i şer'î olabilir mi? Yani meselâ bir kimsenin diğer kimesneden o kimesnenin mülkü zenniyle iştirâ veya hibe veya sadaka olarak ahz ettiği arsada ol vecihle bina yaptıktan sonra arsaya bir müstahık çıkmakla onu iddiâ ve isbât-ı müdde'â ederek zabt eylese şu fıkra-i sâlis hükmü cari olur mu? *Mecelle*'nin 1248. maddesinde dahi beyân olunduğu üzre bunlar *Mecelle* misalinde mezkûr irs gibi esbâb-ı temellükden olduğu der-kâr olmakla beraber bi-hasebi'z-zâhir buna muhâlif görünen üç mes'elenin ber-vech-i zîr nakline dahi mübâderet olunur.

1. Mes'ele: Hind, evin hududuyla Zeyd'e bey' edip, Zeyd âlî binalar yapıp dört yıldan sonra cârı (komşusu) Zeyneb, "Duvarın yeri benimdir." diye dâvâ edip binanın kıymeti yerin kıymetinden ziyade olsa, Zeyneb kendinin olduğunu isbât edip binayı Zeyd'e yıktırmağa kādir olur. (*Ebussuûdü'l-İmâdî fi'l-gasb*)

2. Mes'ele: Bir kimse bir haneyi iştirâ ederek onda bina yaptıktan sonra nısfı bi'l-istihkak zabt edilse müşteri binayı nakza mecburdur. Zîra şerîkinin izni yoktur.[43] Bundan sonra müşteri muhayyerdir. Dilerse binasının enkazını alarak bâyi'ine bir şey ile rücû' edemez. Zîra müşteri vaktâ ki enkâza razı oldu veya bâyi'ini ziyadesinden ibrâ eylemiş oldu. Dilerse enkazını bâyi'e terk ederek binasının mebniyyen kıymetini bâyi'ine tazmîn ettirir. (658 maddeye bak.)[44]

3. Mes'ele: Bir kimse bir haneyi gāsıbdan bi'l-iştirâ ve'l-hedm binasına idhal ettiğinden sonra mâliki hazır olsa nazar olunur. Bina kalil olup ref'i müteyessir olursa ref' ve mâlike redd olunur. Ve eğer kesir olup ref'i müte'azzir ve ref'inde zeman mümtedd olursa mâlik muhayyerdir. Dilerse ref' ettirir. Dilerse ref' ettirmeyip terk ederek müşteriye arz ma'a'l-binanın kıymetini tazmîn ettirir. (*Hindiyye fi'l-gasb*)

Arz-ı mağsubda binada akvâl-i selase: Arz-ı mağsûbda gāsıb ebniye inşâ yahut ağaç gars ettiğinde fukaha üç kavil üzre ihtilâf etmişlerdir.

Kavl-i evvel: Ale'l-ıtlak bina ya eşcârın hedm veya kal'ıyla arzın reddidir.[45]

Kavl-i sâni: Hedm veya kal' arza muzırr değil ise hedm veya kal' edilmesi, ve muzırr ise arz sahibinin bunları temellük eylemesi olduğu gibi ebniye veya eşcârın kıymetleri arzın kıymetinden ziyâde olur ise inşâ veya gars sebeb-i şer'î zu'muyla olsun olmasın ekallin eksere tâbi' kılınmasıdır.

Kavl-i sâlis: *Mecelle*'de ihtiyar olunduğu üzre bunların kal'ı muzırr değil ise kal' ve hedmedilmesi ve muzırr ise mağsûbun-minhin hakk-ı temellükü bulunması ile beraber inşâ veya gars sebeb-i şer'î zu'muyla olur ise ekallin eksere tabi kılınmasıdır. (*Redd-i muhtâr*)

Arzu'l-gayrda bina veya garsa dair tafsîlat-ı âtiyenin i'tâsına mübaderet olunur. Şöyle ki arz beş kısımdır.

Kısm-ı evvel: Mülk olan arzdır. Bir kimse mülkü bulunan arsa ve arz-ı öşrî ve arz-ı harâcî gibi. Bu da iki nev'dir.

Nev-i evvel: Mezkûr arz bâni veya gâris ile diğer bir kimesne beyninde müşterek olandır. Bunun hükmü 1173. maddede mezkûr olmakla oraya mürâca'at oluna.

Nev-i sâni: Mezkûr arzda bâni veya gârisin hiç hissesi bulunmayıp müstakıllen gayrin mülkü olur. Bunda vuku' bulan bina veya garsda dört vecih vardır.

---

43 "Ez-zu'm" bi'l-harekâti's-selâse "söylemek" eğer hak, eğer bâtıl, eğer kizb; ezdâddandır.

44 "Binânın kıymeti ekall ise" ma'nâsında olsa gerektir.

45 ولو كان البايع اثنين والمشترى واحدا والمسألة بحالها يؤمر المشترى بنقض بنائه كما مر, جامع الفصولين.

Vech-i evvel: Mâlik-i arzın izniyle; bir kimse onda kendi nefsi için ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bu sûretdeki izin ya icâre olur ki hükmü 531. maddede geçti. Veya i'âre olur, bunun hükmü dahi 831. maddede mürûr eyledi.

Vech-i sâni: Mâlik-i arzın emir ve izniyle bir kimse onda mâlik-i arz için ebniye inşâ veya eşcâr gars etmesidir; bunun hükmü 1508. maddede beyân olunmuştur. Şöyle ki ebniye ve eşcâr, mâlik-i arzın olup me'mur olan kimse masrafıyla amirine yani mâlik-i arza mürâca'at eder. Şöyle ki meselâ bir kimse zevcesinin hanesini kendi malıyla ve zevcesinin emir ve izniyle tâmir etse, imaret zevcenin olup zevce tarafından masrufun zevcine te'diye edilmesi lâzım gelir.[46]

Vech-i sâlis: Mâlik-i arzın emir ve izni olmayarak bir kimse onda mâlik-i arz için ebniye inşâ yahut eşcâr gars etmesidir. Bunun hükmü dahi sâlifü'z-zikr 1508. madde şerhinde tafsîl olunacağı üzre ol bina ve eşcâr mâlik-i arzın olup ol kimse, masrafında müteberri'olur. (*Redd-i muhtâr* fî *mesâile şettâ*)

Meselâ bir kimse zevcesinin hanesini onun izni olmaksızın zevcesi için tâmir etse, tâmirât-ı vâkı'a zevcesinin malı olup ol kimse masarif-i vâkı'ada müteberri' olarak zevcesine rücû' edemez.[47]

Vech-i râbi': Mâlik-i arzın izni olmayarak bir kimse onda kendi nefsi için ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bunun hükmü *Mecelle*'nin şu maddesiyle şerhinde tafsîl olunmuş ise de -ittırâden lil-bâb- bir misalin şurada iradı münasib görülmüştür.

Bir kimse, zevcesinin hanesini onun izni olmaksızın kendi nefsi için tâmir etse, imaret-i vâkı'a kendisinin olur. Zîra binada isti'mal olunan levazım, ol kimsenin mülkü olup rızası olmaksızın mülkünden çıkmayacağı cihetle, levazım-ı mezkûrede mülkiyeti bâki olarak arsayı gāsıb olur. Bu takdîrde zevcenin taleb ve iddiâsıyla bina ref' edilir. (*Vâkı'âtü'l-Müftîn*)

Kısm-ı sâni: Mîrî olan arzdır. Bu dahi iki nev'dir. Nev'i evvel, bânî ve gâris ile başkası arasında müşterek olan arz-ı mîrîdir. Bunun hükmü *Mecelle*'nin 1173. maddesinden müstefâd olur. Şöyle ki bi'l-iştirâk tasarruf olunan arz-ı mîrînin mecmû'u üzerine müşteriklerden biri diğerinin izni olmaksızın kendisi için fuzûlen ebniye ve eşcâr ihdâs ve gars ederse diğer şerîk ref'ini taleb ettiğinde, arazi kābil-i taksim bulunmadığı yahut kābil-i taksîm ise de müteşâriklerden hiçbirisi taksimini istemediği takdîrde ol ebniye veya eşcâr ref' olunur. Amma müteşâriklerden biri taksimini taleb ettiğinde ol arazi kābil-i taksim olunca mezkûr arazi taksim olunur. Zîra

46 Ebussuud'dan menkūl birinci mes'ele le'all buna mebnîdir.

47 لانه لا ولاية له فى ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هى برضاه فكان متبرعا, واقعات المفتين.

ol ebniye ve eşcâr kable'l-kısmet ref' olunduğunda bâni ve gârisin hakkı bi'l-külliye batıl olmuş ve taksim olunduğunda kendi hissesi miktarı hakkı muhafaza edilmiş olur. Bu sûretde ebniye ve eşcârdan bâni ve gârisin hissesine isabet edenin emri kendisine aid olup dilediği gibi tasarruf eder. Amma diğer hissedarın hissesine isabet eden miktar onun talebiyle kal' ve ref' olunur.

Nitekim müşteriklerden biri müşterek arazisinin bir kısmında ebniye ihdâs eylese ol arazi, ber-vech-i muharrer bi't-taleb taksim olunur. Ebniye bâninin hissesine isabet ederse fe-biha. Ve illa kal' olunur.

Yâni ânifen zikrolunduğu üzre, iki kimsenin bâ-tapu tasarrufunda bulunan arzda ehad-i şürekâ diğerin izni olmaksızın bina yaptığında, diğer müşarikin talebiyle arazi taksim olunarak, bina bâninin hissesine isabet etse onun olur.

Nev'i sâni: Müşterek olmayıp müstakillen başkasının uhde-i tasarrufunda bulunur. Bu nev' arz-ı mirîde bina ve garsde dahi bâlâda zikrolunan vücûh-ı erbaa ve ahkâmı câri olur.

Şimdi vücûh-ı erbaayı beyân edelim:

Vech-i evvel: Mutasarrıf-ı arzın izniyle bir kimse arz-ı mirîde bina ihdâs yahut ağaç gars etmesidir. Bu sûretdeki izni ya icâre olur; bunun hükmü *Mecelle*'nin 531. maddesinden müstefâd olur. Veya i'âre olur; bunun hükmü dahi 831. maddeden müstebân olur.

Vech-i sâni: Mutasarrıf-ı arzın emir ve izniyle bir kimse mutasarrıf için arz-ı mîrîde ebniye inşâ veya eşcâr gars ettiğinde, bunun hükmü 1508. maddeden müstefâd olur. Şöyle ki, mutasarrıf-ı arzın emriyle mutasarrıf-ı arz için olan bina ve gars mutasarrıf-ı arzın olup, me'mur olan kimse, masrafıyla âmirine yâni mutasarrıf-ı arza mürâca'at eder.

Vech-i sâlis: Mutasarrıf-ı arzın emir ve izni olmayarak, bir kimse arz-ı mîrîde mutasarrıf-ı arz için ebniye inşâ yahut eşcâr gars etmesidir. Bunun hükmü dahi şudur: Ol ebniye veya eşcâr mutasarrıf-ı arzın olup ol kimse masrafından müteberri' olur.

Vech-i râbi': Mutasarıf-ı arzın izni olmayarak bir kimse onda kendi nefsi için ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bunun hükmü *Mecelle*'nin şu maddesinden müstefâd olacağı üzre kal'ı arza muzırr değil ise mutasarrıfın talebiyle kal' ve ref' olunur. Binanın veya eşcârın kıymeti gerek arzın kıymetinden ziyade veya noksan veya müsavî olsun. Meğer ki sebeb-i şer'î zu'muyla ebniye veya eşcâr ihdâs edile, o halde ekall, eksere tâbi' olur.

Kısm-ı Sâlis: Vakıf olan arzdır. Bunda ihdâs olunan ebniye veya eşcâr beş vech üzredir.

Vech-i evvel: Mütevellî-i vakf: Mâl-i vakf ile arz-ı vakf üzerine ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bu takdîrde ebniye yahut eşcâr, vakfın olur. Mütevellî hıyn-i inşâda, inşâât veya mağrûsat-ı vâkıa vakf için olduğunu gerek tasrih etsin ve gerek etmesin. Ve gerek nefsi için inşâ veya gars ettiğini işhâd etsin.

Vech-i sâni: Mütevellî kendi malıyla mütevellîsi olduğu arsada ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bu takdîrde ale'l-ıtlak ebniye inşâ yahut ağaç gars eyler veyahut vakf için olduğunu zikr ve tasrih ile ebniye inşâ yahut eşcâr gars ederse, vakfın olur. Amma kendi nefsi için olduğunu zikir ve tasrîh ve hîn-i inşâ ve garsda işhâd eylerse kendisinin mülkü olur. Ve bu halde mütevellî, arz-ı vakfı gasbetmiş olur. (*Redd-i muhtâr fî mesâile şettâ*)

Şu kadar var ki kendi malıyla bina eden mütevellî, vâkıfın kendisi ise, hîn-i binada, nefsi için bina ettiğini beyân ve işhad etmeyip sükût etse bile ol bina yine kendisinin malı olmuş ve arsa-i vakfı gasbetmiş olur.

Vech-i sâlis: Bir kimse mütevellînin izniyle ve vakfa rücû' etmek şartıyla, vakıf arzda ebniye inşâ veya eşcâr gars etmesidir. Bu takdîrde ol ebniye ve eşcâr vakfın olup ol kimse masrafıyla mütevellîye rücû' eder.

Vech-i râbi': Bir kimse mütevellînin emri olmaksızın kendi malıyla vakf için ebniye inşâ yahut eşcâr gars etmesidir. Bu sûretde ebniye veya eşcâr vakfa teberru' olur. Binâenaleyh ol kimse masrafıyla vakfa mürâca'at edemeyeceği gibi ebniye ve eşcârı dahi kal' edemez. Maa-zâlik 530. madde şerhinde îzâh olunmuş idi ki, bir kimse vakfı hâl-i aslîsinden tağyîr ederse, eğer bu tağyîr vakfa nâfi' ise ibkā olunur. Amma değil ise hâl-i aslîsine ircâ' ettirilmekle beraber, tağyîr eden ta'zîr olunur.

Vech-i hâmis: Bir kimse yâni mütevellî olmayan bir adam, nefsi için olduğunu ta'yîn ve tasrîh ile yahut ale'l-ıtlak yâni nefsi için olduğunu da vakf için bulunduğunu da tasrîh etmeyerek vakıf arsada ebniye inşâ yahut ağaç gars etmesidir. Bu takdîrde ebniye ve eşcâr-ı mezkûre ol kimsenin mülkü olur. Ve mütevellî ile ol kimse beyninde ihtilâf olunduğunda, söz ol kimsenindir. Meğer ki mütevellî, ol kimse bunu vakıf için inşâ ettiğini bi'l-beyyine isbât ede.

Bi'l-icâreteyn tasarruf olunan vakıf akār muhterik olup da mutasarrıfı onu müceddeden bina etse, bu bina mutasarrıfın olur. Yoksa vakfa teberru' olmaz. Tasarruf senedinde her ne bina edilirse vakfa teberru' edilirse vakfa teberru' olacağı yazılmış olsa dahi yine vakfa teberru' olmaz. Zîra teberru' etmek, müteberri' bulunan tarafın hakkıdır. Yoksa müteberre'un-lehin hakkı değildir. Bu sûretde bu binanın

sahibi vefat ederse, bina verese-i şer'iyyesine ve hatta zevîl-erhâma mevrûs olur. Yoksa mahlûlen canib-i vakfa aid olmaz. Halbuki el-yevm Evkaf Nezaretince mer'î olan usûle göre bu bina ahi mahlûl addedilerek zabtolunuyor. Buna ise vâkıf razı olmayacağı gibi, birtakım saçı bitmedik eytâm ve ıbâdın hukūkunu bi-gayri hakkın ahz ve zabtetmek olmakla asla câiz değildir. Bu bina mahluldür diye âhar bir kimseye tefvîz olunsa, bu kimse dahi gāsıb ve âsim olur. Sırf mesâil-i âliye-i şer'iyyenin mer-î olması lâbüdd olan evkafta bu ahvalin îkā'ı cidden şâyân-ı teessüftür.

Gerek bu vech-i hâmisde ve gerek nev'i sânide kendi malıyla, kendi nefsi için olduğunu beyân ve işhad ederek inşâ ve gars eden ecnebi veya mütevellî arsa-i vakfı gāsıb olur. Binâenaleyh ebniye ve eşcârın kal'ı vakfa muzırr değil ise kal' olunur.

Meselâ bir kimse bir mektebin harîmi olup defn-i mevtâ için muadd olan arsada tagallüben bina ihdâs eylese, ol mektebin mütevellîsi, kal'ı vakfa muzırr olmamakla bina-yı mezkûrü kal' ettirebilir.

Nitekim bir kimsenin icâreteyn ile tasarrufunda olan vakıf dükkânın ulüvvünde kadîmden beri bina yoğiken, diğer kimesne dükkân-ı mezburun ulüvvünde mütevellî ve ol kimsenin izinlerinsiz, tagallüben nefsi için bina ihdâs eylese, vakfa muzırr değil ise ol kimse mübâşeret-i mütevellî ile o kimesneye binasını kal' ettirebilir. (*Mecmu'a-i Cedîde*)

Amma ebniye ve eşcârın kal'ı vakfa muzırr ise, ebniye ve eşcârın müstahıkku'l-kal' olarak kıymetiyle kāimen kıymetinden hangisi ekall ise galle-i vakıftan bâni ve gârise îkā' olunur. Ve galle-i vakıf bulunmayınca ebniye îcâr olunarak bedel-i îcârdan mezkûr kıymet eda olunur. Bunlardan birisi kābil olmayınca sahibinin ol ebniye ve eşcâr tahallus edinceye kadar terabbus ve intizâr etmesi lâzım gelir. Yoksa "Ebniye ve eşcârı kal' ederek alırım." diyemez.

Nitekim bir kimse bir vakıf arsa üzerine mütevellîsinin izni olmaksızın, malıyla nefsi için bina ihdâs edip kal'ı vakfa muzırr olmakla, mütevellî menzû'an ve maklû'an kıymetlerinden ekall ile vakıf için almak istediğinde ol kimse vermediği takdîrde terabbus edip binasını arsadan mütehallis olunca alması lâzım gelir. Yoksa kal' ettiremez. (*Behce*)

Kısm-ı râbi': Arazi-i metrukedir. Tarik-ı âmm ve namazgâh ve umuma ait merâ ve muhtatab (odunluk) ve mezarlık gibi... Bu kısım arazinin mâlik-i mahususu olmadığı cihetle mâlikinin izniyle bina veya gars mutasavver olmadığı gibi âmmeden birinin veya mecmû'unun binaya veya garsa izin vermek misillü bunlarda mâ-vuzı'a-lehin gayri bir sûretde tasarruf câiz olmamakla, her halde bunların üzerindeki muhdesâtın ref' ve kal'ı ile arzın hâl-i sabıkına iadesi lâzım gelir.

Meselâ bir kimse, bir karye ahalisinin araba çekmelerine mahsus bir yerde bina yaptırsa, ahalisi hâkime bi'l-mürâca'at ebniyesini kal' ettirebilirler. (*Behce*) Bunda sebeb-i şer'î zu'muyla inşâ sûretinde olduğu gibi misillü, eksere tabi olmak mes'elesi cereyân etmeyeceği gibi kal'ı arza muzırr olup da ebniyenin müstahıkku'l-kal' olarak kıymeti bina sahibine i'tâ edilerek temellük etmek kā'idesi dahi cereyân eylemez.

Kısm-ı hâmis: Arazî-i mevâtdır. Arazi-i mezkûrenin mâlik-i mahsusu olmadığı cihetle mâlikinin izni ile bina veya gars mutasavver olmadığı gibi efraddan birinin veya cümlesinin bina veya garsa izninin hükmü yoktur. Belki bunda ebniye inşâ veya ağaç gars etmek için izn-i sultanî lâzımdır.

İmdi *Mecelle*'nin 1275. maddesi ile şerhinde beyân olunacağı üzre arazi-i mevâdda fidan ve ağaç dikmek ve ebniye inşâ eylemek ol arzı ihyâ olur. Bu sûretde 1271. maddede zikrolunduğu üzre, bir kimse bunları izn-i sultanî ile yaparsa, yapan ol arzın rakabesine veya hakk-ı tasarrufuna mâlik olur. Ve o halde binayı ibkāya hakkı olacağı der-kârdır. Amma bilâ-izn-i sultanî yaparsa ol arza mâlik olamaz.

Arz-ı mevâdda izn-i sultanî ile inşâ olunan köşkün harîmi yoktur. Her ne kadar ki, süprüntü dökmek için ona ihtiyaç var ise de. (*Redd-i muhtâr*)Binâenaleyh bina sahibi yalnız köşkün mebnî bulunduğu mahalle mâlik olup etrafına mâlik olamaz. Meğer ki etrafında *Mecelle*'nin 1275. maddesinde muharrer esbabdan biriyle ve izn-i sultanî ile başkaca ihyâ ede.

Arz-ı gayrda bina hakkındaki şu tafsîlat, kitabımın havâssındandır. Lillahi'l-hamd.

907. MADDE

[**Bir kimse âharın**] mülk [**arsasını gasb ve zirâat eylese**] bunda üç sûret vardır.

Sûret-i evvel: Mezrû'ât idrak etmiş âni vakt-i hasâdı gelmiş olmaktır. Bu takdîrde [**sahibi**] tefrîgan li-mülkihi mezrû'âtı ref' ettirerek yalnız [**arsasını**] ve arzını [**istirdâd**] edebilir. Yoksa arz sahibi ekine müdahale edemez. Yâni "Ekin benimdir." yahut "Ondan şu kadar hisse almağa hakkım vardır." diyemez. (1246. maddeye bak.)

Hatta bir kimse kendi arsasında buğdayı zer' ettikden sonra diğer kimesne onu tagallüben taklîb ve buğdayını zer' edip ikisi dahi nâbit ve idrak etmiş olsa, cümle ekin o kimesnenin olup, ol kimsenin zer' ettiği buğdayın kendi arzında mezrû'an kıymetini o kimesne zamin olur. (*Behce* ve *Ali Efendi*)[48]

48 لان الملك لها وقد صح امرها بذلك فينتقل الفعل اليها فيكون كأنها هى التى عمرته فبقى على ملكها وهو غير مقطوع فى الانفاق ويرجع عليها لصحة امرها كالمأمور بقضاء الدين, واقعات المفتين.

Ve bu vecihle arsa sahibi arsasını istirdâd [**ettikde ol kimesnenin zirâatiyle**] arz-ı mağsûba noksan terettüb etmiş ise bâzı akār itlâf edilmiş demek olmakla [**terettüb eden noksan-ı arzı dahi tazmîn ettirir**.] ve sahib-i zer' kal'dan imtinâ' etse, mâlik-i arz kal' edebilir. (*Tenkīh* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'l-âşir) Şöyle ki gāsıb, arz-ı mağsûba pamuk zer' ettikten sonra, mağsûbun-minh arzı isâre yâni nadas edip onda diğer bir şey zer' etse mâlike bir gûne zamân lâzım gelmez. Zîra mâlik şol bir fi'li yapmıştır ki emri ve keyfiyeti kadıya ref' ettiğinde kadı dahi öyle yapacak idi. (*Ankaravî*)

Bu ekin gāsıba helal olur mu: Ekinin gāsıba helal olmasına gelince; tarafeyne göre gāsıb, re's-i malı bulunan tohumunu ve sarfiyyatını ve bir de mağsûbun-minhe zamin olduğu miktarı ahz ettikten sonra fazlasını tasadduk etmesi lâzım gelir.[49] Meselâ gāsıb, bir kile tohum zer' edip dört kile hâsılat alsa da bir kilesini emr-i zurātde sarf ettiği gibi bir kile miktarı dahi noksan-ı arz olarak zâmin olduğunda, üç kile bu vecihle masârif olacağından fazla kalan bir kilesini tasadduk eylemesi lâzım gelir.

Amma İmam Ebû Yusuf'a göre fazla-i mezkûrün tasadduku lâzım gelmez.[50]

Sûret-i sâniye: Mezrû'ât zahir yani sabit olmuş fakat henüz idrak etmemiş olmaktır. Bu sûretde arz sahibi onları kal' ettirmekle beraber noksan-ı arzı dahi tazmîn ettirir. Ve arsasını dahi istirdâd eder. Yoksa bu sûretde gāsıb ecr-i mislini vererek ekinin idrakine kadar ibkāya mağsûbun-minh razı olmadığı halde hakkı olamaz. Yâni bu husus 526. madde ile 832. madde şerhindeki ahkâma makîs değildir. (*Tahtâvî*)

İşte bu sûretde arzın noksan bulması zer'in kable'l-idrak kal'ından ve bu kal'dan sonra o sene için mahsul vermekten zayıf düşmüş olmasından dolayıdır. (*Redd-i muhtâr*)

Sûret-i sâlise: Mezrû'ât, tohum halinde olup henüz nâbit olmamış olmaktır. Bu sûretde arz sahibi ya nabit oluncaya kadar sabredip ondan sonra sûret-i sâniye vechile muâmele eder. Yahut idrak edinceye kadar sabredip sonra arzını istirdâd yani sûret-i ûlâ vechile muâmele eder.Yahut arz-ı gayrde mebzûren tohumun kıymetini zâmin olup, tohum kendisine kalır. Şöyle ki bezr, gāsıbın arz-ı gayrde mebzur olduğu haldeki kıymetini arz sahibi gāsıba verip ekini temellük eder. Ve bu takdîrde ekin idrak ettiğinde hâsılat-ı vâkı'ası kendisinin olur.[51]

---

49 لان خلط الجنس بالجنس عند ابى حنيفة استهلاك. فتقوم الارض ولا بذر فيها وتقوم وفيها بذر فيرجع بفضل ما بينهما بان جاء صاحب البذر الاول وهو صاحب الارض والقى بذر نفسه مرة اخرى وقلب الارض قبل ان ينبت الارض او لم يقلب وسقى الارض فنبت البذر كلها فجميع ما نبت لصاحب الارض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذورا فى ارض غيره, هنديه فى الباب العاشر من الغصب وفيها تفصيل المسئلة.

50 لانه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل, طحطاوى.

51 لان الزيادة حصلت فى ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملك باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب فتبين انه حدث فى ملكه اذا خرج بالضمان, طحطاوى وهدايه وعينى.

Şu kadar ki İmam Ebû Yusuf'a göre, arz sahibinin, gāsıba saçmış olduğu tohumun mislini i'tâ ederek, mebzur tohum arz sahibine kalır. Müfta-bih kavl-i evvel yâni mebzûren kıymetin i'tâsı olup, *Behce*'de dahi bu vecihle iftâ edilmiştir. Fakat *Dürr-i Müntekā*'da İmam Ebû Yusuf'un kavli muhtâr olduğu beyân olunduğuna göre İmam-ı müşârunileyhin mezhebine göre hüküm ve amel olunmak münasib-i mütâlâ olunur.[52]

Esnâ-yı şerh-i maddede zikrolunduğu üzre buradaki arsadan murad, vakfa ve ve sabîye aid olmayan arsadır. Amma arsa bunlara aid olunca Kitab-ı İcâre şerhinde îzâh olunduğu üzre noksan-ı arz ile ecr-i misilden hangisi vakfa ve yetime enfa' ve ekser ise oun hükmolunması lâzım gelir.

Nitekim gāsıb, vakfın veya sabînin hanesini gasb ve istimal etse, ecr-i misil ile noksan-ı süknadan hangisi ekser ise onun zamânı lâzım geleceği gibi. (596. madde şerhine bak.) (*Mecmu'a-i Cedîde*)

Ve arsa mu'addün lil-istiğlâl olduğu sûretdeki hüküm dahi madde-i mezkûre şerhinde beyân olunmuş idi.

[**Kezâlik bir kimesne diğeriyle müştereken mutasarrıf olduğu**] mülk [**arsayı bilâ-izni**]'l-müşârikü'l-hâzır [**müstakıllen zirâat**] ve mahsûlü idrak etmekle ahz [**eylese şerîki arsadan hissesini aldıkda**] yani istirdâd ettiğinde [**ol kimesnenin zirâatiyle**] arsaya noksan terettüb eylemiş ise [**terettüb eden noksan-ı arzdan hissesini tazmîn ettirir**.] Yoksa beldenin örfü üzre hâsılatdan nısf veya rubu' gibi bir hisseyi taleb ve mahsulünde müşâreket etmeğe hakkı yoktur. (*Behce*) Amma ekin nâbit olmakla beraber henüz idrak etmemiş ise hissedar ekinin kal'ını taleb ettiğinde arsa taksim olunarak kendi hissesinde kalan miktarı kal' ve noksan-ı arzı tazmîn ettirir.

Nitekim müşterek arsayı müşteriklerden biri diğerinin izni olmaksızın âhara bi'l-bey' müşteri zirâat etmekle müşterek, bey'i mezkûrü mûcîz olmayıp hissesini aldığında noksan-ı arzdan hissesini müşteriye tazmîn ettirebilir. (*Netîce*) Amma bu zirâat ile noksan-ı arz terettüb eylememiş ise zamân dahi lâzım gelmez. (*Tenkīh*)

Ve ekin, asla nâbit değil iken hissedâr, o kimesneye ektiği tonumun nısfını verip ekinin müşterek olmasını istese câiz değildir. (205. maddeye bak.) Amma ekin nâbit olmuş ise bu muâmele câiz olur. (*Redd-i muhtâr*)

"Bilâ-izin" denildi. Zira bi'l-izin olursa bu izin ya icâre, ya i'âre veya muhâyee olur. İcâre Kitab-ı İcârede ve iare Kitâbü'l-Emânatda geçtiği gibi muhâyee dahi Kitab-ı Şirketde gelir.

"El-hâzır" denildi. Zîra müşârik gāib olursa bunun hükmü 1085. maddede mezkûrdür.

---

52 وهو ان تقوم الارض غير مبذورة ومبذورة فيضمن فضل ما بينهما, هنديه فى الباب العاشر.

Mecelle'de fıkra-ı ûlâda gasb denilmesiyle iki mes'eleye işaret olunur.

Mes'ele-i ûlâ: Ol arsa, sahibi tarafından mezârea sûretiyle ve hâsılat-ı vâkıadan hisse-i malûmesiyle gayr cânibinden ekilmek için i'dâd ve tehyie edilmiş olur. Yâni sahibü'l-arz bizzat kendisi zirâat eylemeyip belki hâsılatdan hisse-i maume-i şâyia ile gayra müzâreaten vermekte bulunup da, bu keyfiyet dahi arzın bulunduğu nahiye ahalisinin mâlûmu bulunur ise, mezkûr arzı o kimesnenin zirâat eylemesi müzârāya haml olunacağından o kimesne sahib-i arza hisse-i mâlûmeyi vermesi lâzım gelir. Zîra örfen maruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir. (43. maddeye bak.)[53]

Mes'ele-i sâniye: Ol arazi, sahibi tarafından îcâr için i'dâd ve tehyie olunmuş, yâni maddün lil-istiğlal bulunmuş ise, bu arzı zirâat eden kimse üzerine ecr-i misil lâzım gelir. Yoksa bu ikinci mes'elede zirâat eden gāsıb olmayacağı gibi müzâri' dahi olmaz.(596. maddeye bak.) (*Tenkīh* ve *Tahtâvî* ve *Redd-i muhtâr* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'l-âşir)

908. MADDE

Gasıb, kendiliğinden arz-ı mağsûbda bir ziyadelik getirdiğinde, ol ziyade mütekavvim olmadığı takdîrde arz sahibi arzını bilâ-şey istirdâd eder. (*Behce*) Mütekavvim olmayan ziyade, nadas ve hafrü'n-nehr ve gübrelemek gibi şeylerdir.

Binaenaleyh [**bir kimse diğerin tarlasını**] kendisi için tohum saçmak üzre [**gasben nadas ettikden sonra sahibi tarlayı aldıkda**] yâni kable'z-zirâat tarlasını istirdâd ettiğinde [**ol kimse nadas ameli mukābilinde ücret mutâlebe**] ve hatta sahibi o tarlada tohum zer' etmek murad ettiğinde, ol kimse mümânât [**edemez.**] Nitekim arz-ı mağsûbu, gāsıb gübreleyip de mezkûr gübre toprakla bi'l-ihtilât müstehlek hükmünde olsa, sahibi bilâ-şey istirdâd eder. Yâni gāsıb, gübrelemesi mukābilinde ücret alamaz. (*Behce*)

Amma ol ziyade mütekavvim olduğu takdîrde gāsıbın ol ziyadedeki hakkı batıl olmaz. Gāsıb, arz-ı mağsûbda ebniye inşâ edip mezkûr ebniyenin kal'ı arza muzırr olduğunda mağsûbun-minh, mezkûr ebniyenin müstehıkku'l-kal' kıymetini gāsıba vermesi lâzım geleceği gibi. (906. maddeye ve şerhine bak.)

909. MADDE

[**Bir kimse süprüntü yahut diğer nesne vaz' ile birinin arsasını işgal etse, koyduğu şeyi ref' ile arsayı tahliye etmek üzre kendüye cebrolunur.**] (20. maddeye bak.) (*Ali Efendi*)

---

53 وقول الثانى هو المختار فهما قولان مصححان, طحطاوى.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Vaz': Bu kayd ihtirâzî olmayıp bir kimsenin duvarı komşusunun arsası üzerine yıkılıp da arsayı işgal etse, komşu duvarın enkazını arsası üzerinden ol kimseye ref' ettirebilir. (*Ali Efend*i)

2- Arsasını: Bu ta'bîr ihtirâzî değildir. Hanede ve dükkânda dahi hüküm böyledir. Şöyle ki bir kimse, diğer kimesnenin hanesini veya dükkânını, eşyasını vaz' ile işgal etse, koyduğu şeyi ref' ile hane veya dükkânını tahliye etmek üzre kendisine cebrolunur.

Bu madde cinsinden olmak üzre âti'z-zikr mesâil zikrolunur.

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin mülk değirmeninin harkının bâzı mevâzi'ina tagallüben toprak döküp doldursa, o kimesne döktüğü toprağını ol kimseye ihrâc ettirebilir. (*Ali Efend*i ve *Hayriyy*e fi'l-gasb)

2. Mes'ele: Müddet-i icârede terâküm eden toz ve toprak ve süprüntünün tathîr ve izâlesi müste'cir üzerinedir. (532. maddeye bak.)

3. Mes'ele: Bir kimse, tarîk-i âmmda vâki' diğer kimesnenin kapusu önüne süprüntü döküp o kimesneye zararı olsa, men' ettirebilir. (*Ali Efend*i)

4. Mes'ele: Bir kimse kendi mülk arsasında komşusunun duvarına muttasıl mevzi'de toprak yığmakla duvar çürüyüp zararı olsa, ol komşu zararını def' ettirebilir. (*Ali Efend*i)

5. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin kuyusuna necaset atmakla teneccüs etse bundan dolayı kuyuya ârız olan noksanı zâmin olur.Yoksa kuyunun suyunu nezh -ihrâc- ederek tathîr ile mahkûm edilemez. Şu kadar ki mezkûr kuyu âmmenin ise nezh ile cebredilir. (*Redd-i muhtâ*r)

6. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin hafr ettiği kabre kendi ölüsünü defn ettiğinde, arz o kimesnenin mülkü ise, kabir nebş -küşad- olunarak o kimsenin cenazesi ihrâc olunur. Ve eğer arz, mübah yahut defn-i emvâta mevkūf ise cenazesi ihrâc olunamaz ise de ol kimse o kimesneye hafrının kıymetini zâmin olur. (*Bezzâziyye*)

7. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin mülk arsasına yahut defn-i emvâtın gayri nesneye mevkūf arsaya mevtayı defnettiğinde, mâlikin veya mütevellînin talebiyle arsa nebş ve meyyit ihrâc ve üzeri tesviye olunarak mülk ise zirâat olunabilir. (*Dürr-i muhtâr* ve *Tahtâvî*)[54]

---

54 انما ينظر الى العادة اذا لم يعلم انه زرعها غصبا بان اقر الزارع عند الزرع انه انما يزرعها لنفسه لا على المزارعة او لان الرجل

8. Mes'ele: Bir kimsenin dâbbesi diğer kimesnenin ahırında telef olduğunda, eğer cildinin kıymeti var ise, ol kimsenin mezkûr dâbbeyi ahırdan ihrâc eylemesi lâzım gelir. Zira bu, o kimesnenin mülkü iken gayrin malını işgal ediyor. Ve eğer kıymeti yok ise onu ahır sahibi ihrâc eder.[55]

9. Mes'ele: Bir kimsenin dâbbesi diğerin hanesine girdiğinde ol dâbbeyi haneden çıkarmak ol kimse üzerinedir.[56]

ممن لا يأخذ الارض مزارعة ويأنف من ذلك يكون غاصبا ويكون الخارج له وعليه نقصان الارض, طحطاوى.

55 ولا يخرج الميت بعد دفنه من غير عذر طالت مدة دفنه او قصرت لان كثيرا من الصحابة دفنوا موضع الحرب ولم يخرجوا, طحطاوى. ويجوز بالعذر كان يظهر الارض مغصوبة او اخذها الشفيع بالشفعة.

56 طائر رجل مات فى بئر غيره فاخراج الطير على صاحب الطير وليس عليه نزح الماء, هنديه فى الباب الرابع عشر.

FASL-I SÂLİS

[**Gāsıbü'l-gāsıbın hükmü beyânındadır.**]

Gāsıb-ı gāsıbü'l-gāsıb, dahi bu hükümdedir. Şöyle ki bir kimsenin malını diğer kimesne gasbettiği gibi o kimesneden dahi diğer bir şahıs gasb ve o şahıstan da diğer bir adam gasbetse mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse ol adamdan, dilerse o şahıstan, ister ise o kimesneden tazmîn ettirir. Gāsıbü'l-gāsıbın sâir ahkâmı dahi bu gasbda câri olur. Bu sûretde *Mecelle* gāsıbü'l-gāsıbın bir mertebesini zikr ile iktifa eylemiştir.

910. MADDE

[**Gāsıbü'l-gāsıb**] onun üzerine ismin ve zamânın terettübünde [**ayn-ı gāsıb hükmündedir.**] Yâni gāsıb nasıl ki gasbdan dolayı mağsûbun-minhe karşı muâhız is, gāsıbü'l-gāsıb dahi mağsûbun-minhe karşı öyle muâhızdır. Nitekim gāsıbü'l-gāsıb fazla olarak gāsıb-ı evvele karşı dahi mes'ûl ve muâhız olduğu gibi.

Gāsıb ile gāsıbü'l-gāsıbın zamânındaki fark:

Lâkin bu iki zamân arasında fark vardır. Şöyle ki mağsûb kıyemiyyattan olup da kıymetini gāsıb-ı evvele tazmîn ettirmek istediğinde, 891. madde hükmünce zeman ve mekân-ı gasbdaki kıymetini tazmîn ettirir. Amma gāsıb-ı sâniye tazmîn ettirecek olduğunda gāsıb-ı sâninin gāsıb-ı evvelden vakt-i gasb ve kabzındaki kıymetini tazmîn ettirir. Yoksa gāsıb-ı evvelin vakt-i gasbındaki kıymetini gāsıb-ı sâniye tazmîn ettiremez. Nitekim 903. madde şerhinde îzâh olunmuş idi.

Meselâ gāsıb, muharremde bir malı yüz kuruş kıymeti olduğu halde gasbedip de saferde kıymeti elli kuruş iken bir kimesneye bey' ve teslim etse, o kimesne gāsıbü'l-gāsıb olup o mal yedinde telef olsa mâlik muhayyerdir. Dilerse vakt-i gasbda kıymeti yani yüz kuruşu gāsıb-ı evvele tazmîn ettirir. Bu takdîrde bey' câiz ve semen gāsıbın olur. Ve dilerse elli kuruşu müşteriye tazmîn ettirir. Bu takdîrde bey' bâtıl olup müşteri gāsıba verdiği semeni istirdâd eder. Yoksa kıymetini taleb edemez. Nitekim şu bey' mes'elesi 903. madde şerhinde îzâh olunmuş idi. (*Hindiyye*)

Kezâlik, bir kimsenin bin kuruşluk kısrağını diğer kimesne gasbedip, yed-i gāsıbda kıymeti iki bin kuruşa çıksa da o halde birisi onu katletse mâlik muhayyer olur. Dilerse gāsıb bulunan o kimesneye yevm-i gasbdaki kıymeti bulunan bin kuruşunu tazmîn ettirir. Bu sûretde gāsıb dahi kātile iki bin kuruşu tazmîn ettirir. Fakat fazla aldığı bin kuruş ınde't-tarafeyn, kendisine helal olmayacağından tasadduk eder. Dilerse kātile vakt-i katildeki kıymeti bulunan iki bin kuruşu tazmîn ettirir. (*Hindiyye fî evâhiri'l-bâbi'sâni mine'l-gasb*)

[**Binâenaleyh mal-i mağsûbu, gāsıbdan şahs-ı âhar gasb ile itlâf eylediği yahut yedinde**] onun teaddisiyle veya bilâ-teadd [**telef**] yahut zâyi' [**olduğu takdîrde mağsûbun-minh**] muhayyer olur. [**Dilerse gāsıb-ı evvele**] mağsûbun-minhden ahz ettiği yevm ve mahaldeki tamam-ı bedelini [**ve dilerse gāsıb-ı sâniye**] gāsıb-ı evvelen ahz ettiği yevm ve mahaldeki tamam-ı bedelini [**tazmîn ettirir.**] Ve mağsûbun-minh, gāsıb-ı sâniden tazmîni gasd ettiğinde "Var da'vânı gāsıb-ı evvelden eyle!" diye tazmînden imtinâ' edemez. (*Behce*) [**Ve dilerse kıymet**] veya misl-i [**mağsûbun bir miktarını**] yani yevm ve mekân-ı gasbındaki bedelin birazını gāsıb-ı [**evvele ve**] mütebâki [**diğer miktarını**] yâni gāsıb-ı sâninin yevm ve mekân-ı gasbdaki bedelini gāsıb-ı [**sâniye tazmîn ettirebilir.**]

Hatta gāsıbü'l-gāsıbın gasbettiği mal cinsinden mağsûbun-minh zimmetinde alacağı bulunduğunda, mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse gāsıb-ı evvele ve ister ise gāsıb-ı sâniye tazmîn ettirir. Zîrâ bunların her biri gāsıbdır. Gāsıb-ı evvele tazmîn ettirdiğinde, mağsûbun-minh gāsıb-ı sâniye olan borcundan berî olmaz. Amma gāsıb-ı sânîye tazmîn ettirdiğinde deyniyle takas-ı cebrî vâki' ve gāsıb-ı evvel berî olur. (*Hâniyye*)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Gasb ile: Bir kimse mâl-i mağsûbu mağsûbun-minhe redd etmek üzre gāsıbdan ahz etse ol kimse gāsıbü'l-gāsıb olur. (*Tenkīh ve Bezzâziyye ve Redd-i muhtâr*)

2- İtlâf: Telef, bu kayıtlar ihtirâzî olmayıp mâl-i mağsûbun kıymetine gāsıbdan başka bir şahıs bir gûne noksan getirse, mal sahibi muhayyer olur. Dilerse câniye yâni ol şahsa tazmîn ettirir de şahs-ı merkūm kimesneye rücû' edemez. Dilerse gāsıba tazmîn ettirip o dahi câniye rücû' eder.

İtlâfa misal: Bir kimse diğer kimesnenin dâbbesinin zahrına râkib olup, bulunduğu mevziden tahvîl ve tahrik ve rükûbdan bir gûne zarar terettüb etmemiş ise de sahibine karşı câhid yahut sahibinin talebine mukâbil mâni' olup da diğer biri gelip akr "zebh" etse, sahib-i dâbbe râkib ile âkırdan dilediğine tazmîn ettirir. (*Hâniyye*)

Nitekim mâl-i mağsûb, gāsıbü'l-gāsıb yedinde aynen mevcud olsa mağsûbun-minh onu gāsıbü'l-gāsıbdan da'vâ edebilir. Bu da'vâda gāsıbın huzuru şart değildir. Yâni mağsûbun-minh gāsıbü'l-gāsıbdan "Şu mal mülkümdür filan şahs-ı gāib onu benden gasbedip, ondan dahi sen gasbetmiş idin." diye gāsıbü'l-gāsıbdan da'vâ edebilir. (*Feyziyye*) Mâl-i mağsûb, gāsıbü'l-gāsıb yedinde mevcud iken mal sahibi gāsıbdan onun bedelini dahi da'vâ edebileceği 1635. maddede musarrahtır.

Gāsıba veya gāsıbü'l-gāsıba tazmîni ihtiyardan sonra diğerinden tazmîn:

3- Diler ve dilerse: İmdi mağsûbun-minh bedel-i mağsûbu gāsıb-ı evvel veya sâniden hangisinden ahz ederse diğeri berî olur. 1651. maddeye mebni artık diğerinden ahzedemez. Nitekim mağsûbun-minh hâkime bi'l-mürâca'at gāsıb-ı evvel

veya sâniden biri aleyhine hüküm istihsâl ettikden sonra mağsûbun-minh mahkûmün-aleyhi terkle diğerinden iddiâ edemez. (*Ankaravî*)[57]

Amma mağsûbun-minh, gāsıb ve gāsıbü'l-gāsıbdan biri aleyhine tazmîni ihtiyar etmesiyle bi'l-fi'l henüz birinden kabz etmezden ve hükm-i hâkim lâhık olmazdan diğerinden hakk-ı tazmîni sâkıt ve ta'bîr-i diğerle, diğeri zamândan berî olacağına tarafeyn zâhib olmuşlardır.

Meselâ mağsûbun-minh, küll-i mağsûbu gāsıb-ı evvelden tazmîni ihtiyar ve o da muvâfakat ettiğinde gāsıb-ı sâni külliyen berî olacağı gibi nısf-ı mağsûbu gāsıb-ı evvelden tazmîni ihtiyar ve o da muvâfakat ettiğinde gāsıb-ı sâni yalnız şu nısıfdan berî olur.

Binâenaleyh bundan sonra gāsıb-ı evvel müflisen vefat etmiş yahut mu'dim, yâni mu'sir bulunmuş olmakla ondan istifası mümkün olmasa, mağsûbun-minh artık gāsıb-ı sâniyi muâhaze edemez. Zira tazmînü'l-küll, mâl-i mağsûbu zâmine temlîk olacağı cihetle mağsûbun-minh artık onu diğerine temlîk edemeyeceği gibi tazmînü'l-ba'z dahi, şu ba'zı zâmine temlîk olarak artık diğerine temlîk edemez. Amma diğer bâzısını temlîk edebilir. (*Redd-i muhtâr* ve *Bezzâziyye*)

İmam-ı Sâni'ye göre şu ihtiyar ve muvâfakat, mağsûbun-minhi diğerine tazmîn ettirmek hakkından mahrum etmez. (*Redd-i muhtâr* ve *Tahtâvî* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni aşara)

Mecelle'nin şu maddesinde şu iki mezhebden birinin tercihine delâlet edecek delil yok ise de mezheb-i evvel inde'l-fukaha müreccah tutulur.

İstisnâ: Mağsûbun-minh için beyân olunan *Mecelle*'deki şu muhtâriyetden üç mes'ele müstesnâdır.

1. Mes'ele: Mâl-i vakıftır. Şöyle ki mağsûb, mâl-i vakf olunca gāsıb-ı evvel veya sâniden hangisine tazmîn ettirmek vakfa enfa' ise ona tazmîn ettirilmek icab eder.

Meselâ bir kimse, mâl-i vakfı kıymeti elli kuruş iken muharremde gasbedip de ba'dehû diğer bir şahıs onun kıymeti yüz kuruş olduğu halde saferde ol kimseden gasbetse, o şahıs evvelkinden melî ve zengin olunca ona tazmîn vakıf için enfa' olduğu gibi, ona tazmînde yüz kuruş alınacağı için mevkûfün-lehe göre de enfa' olur. Binâenaleyh şahs-ı merkūma tazmîn ettirilmek lâzım gelir. Amma gāsıb-ı sâni melî olmakla beraber gāsıb-ı evvel daha melî olsa mütevellî muhayyer olur. Dilerse gāsıb-ı evvele elli kuruş ve dilerse gāsıb-ı sâniye yüz kuruş tazmîn ettirir. Zîra gāsıb-ı evvele tazmînde vakfa, ve gāsıb-ı sâniye tazmînde mevkûfün-lehe enfa'iyyet vardır. (*Redd-i muhtâr*) (58. maddeye bak.)

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin buğday harmanına su döküp noksan kıymet îras ettikten sonra, diğer bir şahıs dahi sâniyen mezkûr harmana su döküp noksan kıymet zi-

---

57 لانها ملكه شغلت دار غيره من المحل المزبور.

yadeleştiğinde gāsıb-ı evvel, yâni ol kimse zamândan berî olur. Gāsıb-ı sâni, yâni o şahıs, kendisinin su döktüğü gündeki kıymetini zâmin olur. Zîra mâlik, buğdayı hâlet-i ûlâya, yâni gāsıb-ı evvelin su döktüğü zemandaki haline irca' ile gāsıb-ı evvele bedelini tazmîne muktedir olamaz. (*Redd-i muhtâr*)

3. Mes'ele: Bir kimse, diğer kimesnenin gümüşten mamul ibriğini heşm, yâni kesr etse de ba'dehû diğer bir şahıs dahi mezkûr ibriği heşm etse, evvelkisi zamândan berî olup, bilhassa ikincisini zâmin olur. (*Redd-i muhtâr*)

4- Tazmîn: Gāsıb ile gāsıbü'l-gāsıba tazmînde fark bulunduğu fıkra-ı ûlâ şerhinde beyân olunmuş idi.

5- Miktarını: Miktar lafzı mutlak olarak zikrolunmasıyla nısf ve sülüs ve rubu' gibi miktarlara şâmil olur.

[**Ve gāsıb-ı evvele tazmîn ettirdiği takdîrde**] ol gāsıb mâl-i mağsûba 891. madde şerhinde zikrolunduğu üzre bi-tarîkı'l-istinad mâlik olacağından [**o dahi gāsıb-ı sâniye rücû' eder**.] Nitekim iki kimse bir sevri gasb ile istihlâk ettiğinde, mal sahibi onu birisine tazmîn ettirebilir. Bu halde zâmin olan nısfıyla diğerine rücû' edebilir. (*Hayriyye* fi'l-gasb). 891. madde şerhinde "gāsıb ikrarında dese ki ..." mes'elesine mürâca'at oluna.

[**Amma**] gāsıb-ı [**sâniye tazmîn ettirdiği takdîrde**] gāsıb-ı [**sâni**] gāsıb-ı [**evvele rücû' edemez.**] Yâni karar-ı zamân, gāsıb-ı sâni üzerinedir. (*Bezzâziyye*)

Nitekim bir kimsenin bir mevzide yazlık ve diğer mevzide kışlık buğdayı bulunup da ol kimse biraderine "Çiftçime kışlık buğday ver!" diye emretmiş iken, biraderi hata ederek çiftçiye yazlık buğdaydan verdikden sonra ol kimse mezkûr buğdayı tarlaya nakletmek üzre çiftçiyle beraber oğlunu gönderip de onlar dahi buğdayı tarlaya nakl ve çiftçi zer' eylediği halde nâbit olmamakla muahharan mezkûr buğdayın yazlık olduğu tebeyyün etse ol kimse dilerse gāsıb olan biraderine ve dilerse gāsıbü'l-gāsıb olan oğluna yahut çiftçisine tazmîn ettirebilir. Bu mes'eleden çok mesâil istihrâc olunur. (*Ankaravî*)

Gāsıbın mağsûbda ukūd-ı sitte ile tasarufâtı:

Gāsıb mağsubu âhara bey', îcar, hibe ve sadaka, rehin, îdâ', i'âre etmesi sûretleri dahi ber-vech-i âti beyân olunur.

1- Bey': Gāsıb, mâl-i mağsûbu âhara bey' ve teslim ettikden sonra müşteri yedinde aynen mevcud ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse şerâit-i icâzet mevcud olunca bey'i mûciz olup semen-i mebî'i ahz eyler. Ve semen-i mebî'in telef olması icâzete mâni' olmayıp mağsûbun-minh, ba'de telefi's-semen mûcîz olsa yine câiz ve semen-i mağsûb, mağsûbun-minhin mülkü olarak telef olmuş olur.[58] Ve dilerse bey'i feshederek müşteri-

---

58 وكالقبض بالتراضى القضاء بالقيمة, رد محتار. واذا ضمن المالك احدهما اما الغاصب او غاصب الغاصب او مودعه برئ الاخر من الضمان, هنديه فى الباب الثانى عشر.

den aynen istirdâd eder. İster ise âhara bey' ve teslim ile istihlak ettiğinden dolayı gāsıba bedelini tazmîn ettirir. (1635. maddeye bak.) Amma mebî-i mağsûb yed-i müşteride telef olmuş ise mal sahibi muhayyer olur. Dilerse yevm-i gasbdaki kıymetini gāsıba tazmîn ettirir. Bu takdîrde bey'-i sâbık câiz ve gāsıb semen-i mebîa mâlik olur. Zîra 891. madde şerhinde zikrolunduğu vechile bu takdîrde gāsıb bi-tarîkı'l-istinad mal-u mağsûba mâlik olur. Ve dilerse yevm-i kabzındaki kıymetini müşteriye tazmîn ettirir. Bu takdîrde bey' bâtıl olarak müşteri gāsıba verdiği parayı istirdâd eder. Yoksa mağsûbun-minhe zâmin olduğu meblağ ziyade olmakla ona gāsıbdan taleb edemez. (*Bezzâziyye* ve *Tenkīh*) Amma gāsıbın bi-dûni't-teslim bey' etmesi müşteriye zamân icab ettirmez. (*Bezzâziyye* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni aşara)

İcâzet-i bey' ile ahz-ı semen hakkı, mağsûbun-minhe ait olup, yoksa gāsıb bu hakka mâlik değildir. Şöyle ki gāsıbü'l-gāsıb mâl-i mağsûbu âhara bey' ve semen-i mebî'i ahz ettiğinde gāsıb-ı evvel, bey'i mücîz olarak mezkûr semeni ahza hakkı olamaz. Zîra gāsıb-ı evvel mâlik olmadığı gibi mâlikin nâibi dahi olmamakla, onun için bey'a icâzet vermek hakkı yoktur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni aşara)

Faide: Bey'-i gāsıb-ı icâzetde, icâzetin kable'l-muhâsama olması şart mıdır? 858. madde şerhindeki 11. Mes'ele'de zikrolunduğu üzre mağsûbun-minh tarafından olan muhâsama ve iddiâ bâzı rivâyâtda fesh-i akdi mûcib, diğer bâzı rivâyâtda fesh-i akdi gayr-i mûcibdir.

İmdi icâzetin kable'l-muhasama olması rivayet-i ûlâya göre şart ise de rivayet-i sâniye göre şart değildir ki, zâhir-i rivayet dahi budur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara mine'l-gasb)*Mecelle*'nin 638. maddesinde zahir-i rivayet kabul edildiği mezkûr madde şerhinde zikrolunan îzâhattan müstefâd olur.

2- Îcar: Gāsıb mâl-i mağsûbu âhara îcar ettiğinde müste'cir yedinde me'cûr aynen mevcud olunca mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse şerâit-i icâzet mevcud ise mûcîz olup bedel-i îcârı ahz eder. (447. maddeye bak.) Dilerse icâreyi fesh ile me'cûru müste'cirden istirdâd eder. (96. maddeye bak.) Bey' ve hibede olduğu gibi bunda dahi gāsıbın âhara îcar ve teslim etmesi istihlâk addolunarak mağsûbun kıymetini 1635. maddeye tevfîkan gāsıba tazmîn ettirebilir mi? Ve yed-i müste'cirde me'cûr telef olduğunda mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse gāsıba yevm-i gasbdaki kıymetini tazmîn ettirir. Bu takdîrde gāsıb müste'cire rücû' edemez. Meğer ki me'cûrun telefi, müste'cirin te'addîsi veya taksîri ile ola. (600., 601. ve 602. maddelere bak.) Ve dilerse müste'cire yevm-i kabzındaki kıymetini tazmîn ettirir. Bu takdîrde nazar olunur. Müste'cir, mûcirin gāsıb olduğunu bilmiyor idiyse zâmin olduğu şeyle mûcirine yâni gāsıba mürâca'at eder. Bu vecihle hakk-ı mürâca'atı bulunmak *Mecelle*'nin "Gāsıb-ı sâni evvele mürâca'at edemez." dediğine muhâlif düşmez. Zîra müste'cirin mürâca'atı zamân-ı tağrîr sebebiyle olup, yoksa zamân-ı gasb değildir. Ve eğer mûcirin gāsıb olduğunu biliyor idiyse rücû' edemez. (658. maddeye ve şerhine bak.) (*Ankaravî* ve *Ebussuûd*)

3- Hibe ve sadaka: Gāsıb, mağsûbu âhar kimesneye hibe ve teslim edip de o kimesne yedinde aynen mevcud ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse hibe ve teslimi mücîz

olur. Dilerse hibeyi fesh ile mevhûbün-lehden istirdâd eder. Dilerse âhara teslim, istihlâk addolunarak 1635. madde mûcibince gāsıba bedelini tazmîn ettirebilir. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'l-hâdi aşara mine'l-hibe) Ve mevhubün-leh yedinde telef olmuş ise mağsûbun-minh muhayyer olur. Dilerse gāsıba, dilerse mevhubün-lehe, yâni o kimesneye tazmîn etirir. O kimesneye tazmîn ettirir ise bedel-i zamân ile gāsıba mürâca'at edemez. Zîra o kimesnenin, mezkûr malda olan kabzı nefisleri içindir. (658. madde şerhine bak.) (*Redd-i muhtâr*)

Sadakada dahi hüküm böyledir.

4- Rehin: Gāsıb, mâl-i mağsûbu âhar kimesneye kendi borcu mukabilinde rehin ettiğinde o kimesne gāsıbü'l-gāsıb olur da mâl-i mağsûb o kimesne yedinde mevcud ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse rehni mücîz olur. Bu sûretde rehn-i vâki', rehn-i müste'âr olur. Dilerse merhunu mürtehinden istirdâd eder. "Âhara rehin ve teslim etmesi istihlâk addolunarak 1635. maddesi hükmünce gāsıba dahi tazmîne hakkı olur mu?" Ve yed-i mürtehinde telef olduğunda, bu maddede zikrolunan ahkâm cereyân eder. Zîra merhunda o kimesnenin kabzı gāsıb içindir.

Meselâ bir kimse, diğer kimesnenin yüzüğünü tagallüben alıp bilâ-izni'l-mâlik dâyinine rehin ettikden sonra mücîz olmadan evvel yüzük dâyin yedinde zâyi' veya telef olsa, o kimesne yüzüğünü dilerse ol kimseye, dilerse dâyine, dilerse münâsafeten ikisine tazmîn ettirir. Gāsıba, yâni ol kimseye tazmîn ettirirse, ol kimse dâyine yâni mürtehine rücû' edemez. (*Behce*) Ve rehnin telefi deynin sükûtunu mûcib olur. Ve dâyine yâni mürtehine tazmîn ettirirse o da gāsıbına rücû' edebilir. Şu kadar ki, ol yüzüğü mürtehin itlâf etmek gibi te'addî ve taksîri ile telef olmuş ise gāsıba rücû' edemez. Fakat bu sûretde mürtehinin gāsıba rücû' edebilmesi râhinin gāsıb ve merhûnun mağsûb olduğunu mürtehin bilmediği takdîrdedir. Amma mürtehin bunu bilerek irtihan eylemiş ise rücû' edemez. (*Ankaravî*)

5- Îdâ': Gāsıb, mâl-i mağsûbu âhar kimesneye îdâ' ettikden sonra, mağsûb yed-i müstevda'da mevcud ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse îdâ'ı mücîz olur. Bu halde gāsıb aradan çıkar. Ve dilerse mûcîz olmayıp müstevda'dan istirdâd eder. "Ve dilerse âhara îdâ' ve teslim ile müstehlik addolunarak 1635. maddeye tevfîkan mâl-i mağsûbun yevm-i gasbındaki kıymetini gāsıba tazmîn ettirir mi?" ve müstevda' yedinde telef olduğunda, mal sahibi gerek gāsıba ve gerek müstevda'dan istediğine tazmîn ettirebilir. Ve müstevda'a tazmîn ettirir ise o da gāsıba rücû' eder. Amma gāsıba tazmîn ettirir ise müstevda'a rücû' edemez. (658. madde şerhine bak.) (*Redd-i muhtâr*)

Şu kadar ki, müstevda' ol vediayı itlâf etmek gibi teaddi eylemiş ise gāsıba tazmîn ettirdiği takdîrde, o da o kimesneye rücû' eder. (*Bezzâziyye*) (787. maddeye bak.)

6- İâre: Gāsıb, mâl-i mağsûbu âhar kimesneye i'âre ve teslim ettiğinde, mağsûb yed-i müste'îrde mevcud ise mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse i'âreyi mûcîz olur. Bu halde gāsıb aradan çıkar. Ve dilerse mûcîz olmayıp müste'îrden istirdâd eder. İâre ve teslim, istihlâk addolunarak 1635. maddeye binaen mâl-i mağsûbun yevm-i gasbdaki bedelini gāsıba tazmîn ettirebilir. Ve müste'îre tazmîn ettirir ise o, gāsıba rücû' edemez. Zîra o ki-

mesnenin, yâni müste‘îrin kabzı kendi nefsi içindir. (*Redd-i muhtâr*) Nitekim gāsıba tazmîn ettirir ise gāsıb müste‘îre rücû‘ edemeyeceği gibi. (658. madde şerhine bak.) Şu kadar ki, müste‘îr onu itlâf etmiş olmak gibi te‘addîsiyle telef olmuş ise, ol sûretde karar-ı zamân müste‘îr üzerine olur. Yâni mal sahibi gāsıba tazmîn ettirdiği takdîrde, o da müste‘îre rücû‘ edebilir. (*Bezzâziyye*) (814. maddeye bak.)

911. MADDE

[**Gāsıbü'l-gāsıb**] yâni gāsıb-ı sâni, [**mâl-i mağsûbu**] aynen veya bedelen [**gāsıb-ı evvele redd ettikde, yalnız kendisi**] berî olur. Zîra gāsıb-ı sâni, mâl-i mağsûbu gāsıb-ı evvele redd etmesiyle fi‘lini fesh etmiş ve bozmuş olur. Ve mağsûbun-minh, artık madde-i ânife mûcibince muhayyer olmayıp, hasran gāsıb-ı evvele tazmîn ettirmesi lâzım gelir. (*Behce*) Fakat bu redd, mücerred gāsıbü'l-gāsıbın kavliyle sâbit olmaz. Belki vücûh-ı âtiye ile tahakkuk etmek lâzım gelir. Şöyle ki;

Evvelen, bunun ikāme edeceği şâhidler ile sabit olur.

Sâniyen, gāsıb-ı evvelin yeminden nükûliyle tahakkuk eder.

Meselâ gāsıb, mâl-i mağsûbu âhar kimesneye îdâ‘ ve teslim etikden sonra o kimesneden alıp fakat mal sahibine redd etmezden evvel fevt olsa mağsûbun-minh mâl-i mağsûbu gāsıbın veresesinden taleb etmesi lâzım gelir. O kimesneye tazmîn ettiremez. (*Ali Efendi*)

Nitekim bir kimse, diğer kimesneden bir sevri iştirâ ve kabzettikden sonra aybı zuhur etmekle mal sahibine yâni bâyi‘a redd edip de ba‘dehû bir müstahık zuhur etse, mastahıkk-ı merkūm gāsıbü'l-gāsıb menzilinde olan müşteriye tazmîn ettiremez. Gāsıb menzilinde bulunan bâyi‘a tazmîn ettirmesi lâzım gelir. (*Hayriyye* fi'l-gasb)

Taksîmü'r-redd: Redd dört kısımdır. Ya bedelen ya aynen olur. Her biri ya rızâen ya kazâen olur.

1- **Aynen redd**: Gāsıb-ı sâni mâl-i mağsûbu gāsıb-ı evvele aynen redd ettiğinde gāsıb-ı sâni bi'l-ittifak berî olur. Nitekim misalleri zikrolundu.

2- **Bedelen redd**: Gāsıb-ı sâni yedinde mâl-i mağsûb telef olduğunda, gāsıb-ı merkūm mâl-i mağsûbun bedelini gāsıb-ı evvele redd ettiğinde İmam-ı A‘zam ve Muhammed'e göre yine gāsıbü'l-gāsıb berî olur. Mağsûbun-minh artık gāsıb-ı sâniyi muâheze edemez. Zîra bedel, ayn makamına kāimdir. *Behce*'de dahi bu vecihle iftâ edilmiştir. (*Ankaravî* ve *Mecma‘u'l-enhur* ve *Bezzâziyye*) İmam Ebû Yusuf'dan bir rivayetde gāsıb-ı sâni, bedel-i mağsûbu gāsıb-ı evvele redd etmesiyle mağsûbun-minhe karşı mes'ûliyetden halas olamaz. (*Ali Efendi*) Meğer ki gāsıbü'l-gāsıbın bedelini redd ve i‘tâsı, hükm-i kadı ile ola. (*Bezzâziyye*) Şu kadar ki mağsûb mislî olup da gāsıbü'l-gāsıb onu istihlâk ettikden sonra gāsıb-ı evvel gāsıb-ı sânîden rızasıyla nakit para ahz etse, gāsıb-ı sâni, gāsıb-ı evvele karşı mes'ûliyyet ve zamândan berî olmaz. Zîra bu muamele, bey‘ olup, halbuki gāsıb-ı evvel için aynını veya bedelini almaktan başka sûret yok idi. (*Ankaravî*)

3- Rızâen redd: Bu redd, zâhirdir.

4- Kazâen redd: Gāsıb-ı evvel, gāsıb-ı sâniden mâl-i mağsûbun aynını ve telef olmuş ise gāsıb-ı sâninin gasbettiği zemandaki bedelini taleb ve iddiâ ile tazmîn ettirebilir. Zîra gāsıbü'l-gāsıb, gāsıb-ı evvelin yedini kat' etmek sûretiyle te'addî etmiş ve zaman-ı bedel ile taht-ı mes'ûliyette kalmış olur. Şu kadar ki tâlib ve müdde'înin gāsıb olduğuna hâkim âlim olursa, mâl-i mağsûbun bedelini gāsıb-ı evvele redd etmesiyle hakim gāsıbü'l-gāsıbı icbar etmez. Belki mağsûbun bedelini yed-i adle vaz' ederek mağsûbun-minh için muhafaza etirir. Ve mağsûbun-minh olan kimse gelince, dilerse gāsıb-ı sâniden alınan kıymeti kabul ve ahz eder. Dilerse onu kabul etmeyip gāsıb-ı evvelin gasbı zemanındaki kıymetini tazmîn ettirir. Yoksa bu takdîrde artık gāsıbü'l-gāsıba mürâca'at edemez. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni aşara ve *Bezzâziyye*)

Gāsıb-ı evvele redd ile gāsıb-ı sâninin berâetinin şartı: Bu madde vechile gerek ayn-ı mağsûbun ve gerek bedelinin gāsıb-ı evvele redd etmesiyle gāsıb-ı sâninin berâeti, gāsıb-ı evvelin kabzı ve istirdâdı ma'ruf olmak şartıyla meşruttur. Şu ma'rûfiyyet dahi kabzın beyyine ile yahut mağsûbun-minhin tasdiki ile yahut hükm-i kadı ile sâbit olmasıyla olur. (*Redd-i muhtâr* ve *Tahtâvî*)

Amma gāsıb-ı evvelin mâl-i mağsûbu gāsıb-ı sâniden kabzeylediği hakkındaki ikrarı yalnız kendi nefsi ve gāsıb-ı sâni hakkında yâni gāsıb-ı evvelin gāsıb-ı sâniden artık hakk-ı mutâlebesi olmamak hususunda şâyân-ı kabul ise de, mağsûbun-minh hakkında muteber değildir. Zîra ikrar, hüccet-i kāsıradır.[59] Bu sûretde mağsûbun-minh 910. madde vechile muhayyer olur. Gāsıbın müstevda'ında dahi hüküm böyledir. (*Hâniyye* ve *Tekmile*-i *Redd-i muhtâr* fî *âhıri'l-vedî'a*)

İmdi mağsûbun-minh, gāsıb-ı sâniye tazmîn ettirdiğinde, o da gāsıb-ı evvele ber-mûcib-i ikrârihî makbuzu olduğu şeyle rücû' eder. Ve mağsûbun-minh, gāsıb-ı evvele tazmîn ettirdiğinde gāsıb-ı evvel, gāsıb-ı sâniye rücû' edemez. Zîra evvelce kabzettiğini ikrar eylemiş idi. (78. maddeye bak.) Lakin gāsıbü'l-müstevda', bu hükümde gāsıbü'l-gāsıba muhâliftir. Şöyle ki müstevda'dan vedî'a gasbolundukdan sonra gāsıbın müstevda'a iade ettiğini müstevda' ikrar etse, bu ikrar ile gāsıbın berâeti sâbit olur. (*Ankaravî*)

Ve gāsıbü'l-gāsıb mâl-i mağsûbu [**mağsûbun-minhe redd ettikde ikisi dahi berî olur.**] da mağsûbun-minh bir daha gāsıbdan da'vâ edemez. Zîra 1651. maddede zikrolunduğu üzre hakk-ı vâhid iki kişiden ayrı ayrı istîfa ve iddiâ olunamaz.

Meselâ bir kimse, diğer kimesneden bir bargiri gasb ve diğer bir adam dahi ol kimesneden mezkûr bargiri gasbettikden sonra, mal sahibi atını gāsıb-ı sâniden sirkat etmişiken muahharen gāsıb-ı sâni ol atı cebren oğluna istirdâd etse de mâlik onunla muhâsamadan âciz kalsa, mâlik artık gāsıb-ı evvel ile muhâsama edemez. (*Bezzâziyye*)

59 اعتبارا للاجازة الانتهاء بالاذن فى الابتداء, هنديه فى الباب الرابع عشر.

ŞERH-İ KİTABÜ'L-GASB VE'L-İTLÂF
BÂB-I SÂNÎ

[*İtlâf beyânında olup dört faslı hâvîdir.*]

İtlâf iki türlüdür: Birincisi mübâşereten itlâf olur. Bir kimsenin, diğerin atını vurması gibi. Buna dair bâzı tafsîlat fasl-ı âtîde gelecektir. İkincisi, tesebbüben itlâf olur. Bir kimse tarîk-ı âmmda bilâ-izni veliyyü'l-emr kuyu hafr etmekle oraya birinin atı düşerek telef olması gibi. Buna müte'allik bâzı mesâil dahi fasl-ı sânide gelir. Mübâşeret ile tesebbübün tarifleri 90. madde şerhinde geçti.

Mübâşereten itlâf, her halde zamânı icab eder. Bunda te'addi veya teammüd bulunmak şart değildir. Amma tesebbüben itlâf te'addiyen ve te'ammüden olursa mûcib-i zamân olur. Ve illa olmaz. Nitekim mevâdd-ı âtiyeden müttezıh olur. Şu farkın sebeb ve hikmeti 92. madde şerhinde beyân olunmuş idi.

FASL-I EVVEL

[**Mübâşereten itlâf hakkındadır.**]

912. MADDE

[**Bir kimesne diğerin gerek kendisinde ve gerek emîni yedinde olan malını gerek kasden ve gerek min gayr-i kasdın**] gerek diğerin olduğunu bilerek ve gerek kendi malı olduğu zannıda bulunarak bilâ-izin ve'l-emr o malı küllen [**itlâf**] veya ba'zan itlâf sûretiyle kıymetini tenkīs [**etse**] mütlif [**zâmin olur.**] Zîra 92. madde hükmünce, mübâşir müte'ammid olmasa da zâmin olur.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Bir kimesne: Bu ta'bîr ile mütlif olan, mal sahibinin gayri olarak gösterilmesi ihtirâzîdir. Zîra mal sahibi kendi malını kendisi itlâf

etse kazâen nesne lâzım gelmez. Şöyle ki 293. madde şerhinde zikrolunduğu üzre müşteri mebîi henüz yed-i bâyi'de iken itlâf etse, semen-i müsemmayı bâyi'a vermekten imtinâ' edemez.

2- Emini yedinde: Amma gāsıbı yedindeki malını itlâf ettiğinde mütlif gāsıbü'l-gāsıb addolunarak zamân hem mütlife hem de gāsıba lâzım geleceği 910. maddeden münfehim olur.

3- Ve gerek kendisinin bulunduğu zannında bulunarak: Bu kaydın faidesi 914. maddeden münfehim olur.

4- Bilâ-izin: Amma mal sahibinin izniyle itlâf etse zamân lâzım gelmez ki mezkûr izin ikiye münkasimdir. İzinde ihtilâf olunduğu sûretteki hüküm 881. madde şerhinde beyân olunmuştur.

Kısm-ı evvel, sarâhaten izindir ki buna mesâil-i âtiye teferru' eder.

1. Mes'ele: 95. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre bir kimse diğer kimesneye "Bu elbisemi yırt veya suya at." demekle o da öyle yapsa, ol kimse nâdim olup da o kimesneye tazmîn ettiremez. Zîra mal sahibinin emriyle yapmıştır. Lakin âsim olur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi't-tâsi' ve *Bezzâziyye*)

2. Mes'ele: Bir kimse çömlekçi dükkânında onun izniyle çömlek alsa da kazâen elinden düşüp kırılsa zamân lâzım gelmez. Çünkü izniyle alınmakla emanettir.

3. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin odasına girdiğinde, ol kimesne "Şu visâde üzerine otur." demesiyle, o kimesne de oraya oturduğunda, tahtında bulunup ma'lûm olmayan yağ şişesi kırılıp döküldüğü gibi visâde dahi taharruk etse, o kimesneye zamân lâzım gelmez. (*Hâniyye*)

4. Mes'ele: Bir kimsenin ekininde diğer kimesnenin dâbbesi bulunmakla, onu ekinden ihrâc ederken dâbbe ekini ifsâd ettiğinde, eğer sahib-i zer'in emriyle ihrâc edilmiş ise sâhib-i dâbbe üzerine nesne lâzım gelmez. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâlis)

5. Mes'ele: Bir kadın, ameleye haneden toprak attırdıkdan sonra zevci gelip "Onda şu kadar altun gömmüş idim." dediğinde, o kadar altını atılan toprakta medfun olduğunu zevc isbât ederse, zevc, atan ameleye tazmîn ettirir. Yoksa mer'eye değil. (*Hindiyye* fi'l-bâbi't-tâsi' mine'l-gasb)

Kısm-ı sâni, delâleten izindir ki bunda iki kā'ide vardır.

Kā'ide-i ûlâ şudur: Her amel ki nâs onda mütefâvit olmaya, nâsın her birinden istiâne sâbit olur. Buna müteferri' bâzı mesâil:

1. Mes'ele: Bir kimse kulübesini hedm etmek üzre ameleyi istîcar etse de ol kimsenin izni olmaksızın diğer kimesne onu mutad üzre hedm etse zamân lâzım gelmez.

2. Mes'ele: Bir kimsenin, hayatta bekāsından ümit kalmayan koyunu ondan izinsiz diğer kimesne zebhetse alâ kavlin istihsanen zamân lâzım gelmez. (*Hâniyye*) Fakat mal sahibi hayattan ümidin munkatı' olduğunu inkâr etse, zâbih tarafından isbât olunmak lâzım gelir. İsbât olunamayıp da münkirü'l-iyas bulunan mâlik bi't-taleb yemin dahi ederse, zâbih yevm-i zebhindeki kıymetini zâmin olur. Ve miktar-ı kıymetde kavil zâbihindir. (80. maddeye bak.) (*Hayriyye* fi'l-gasb).[1]

3. Mes'ele: Kasab, kesmek için ayaklarını bağladığı hayvanı, bilâ-izn-i sarîh, diğer kimesne zebhetse zamân lâzım gelmez.

4. Mes'ele: Bir kimse eyyam-ı udhiyede gayrin udhiyesini ol gayr için udhiye olmak üzre kesse, zâmin olmaz. Ve o udhiye ol gayrden câiz olur. Lâkin eyyam-ı udhiyenin gayrisinde kesse, gayr-ı câiz ve zâbih zâmin olur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâlis)

5. Mes'ele: Bir kimse tabh etmek üzre yemeği tencereye koyup da, diğeri altına ateş vaz'ıyla onu pişirse zâmin olmaz.

6. Mes'ele: Bir kimse hıntayı devraka vaz' ve hımârı rabt edip diğer kimesne hımârı sevkiyle hıntayı tahn etse zâmin olmaz.

7. Mes'ele: Bir kimse kendi ceresini ref' ve zahrına imâle ettiği sırada diğer kimesne iâne etse de cere beynlerinde münkesir olsa zamân lâzım gelmez.

8. Mes'ele: Bir kimsenin hayvanından yük düşmekle, diğeri bilâ-izin onu yükletse de hayvan telef olsa zamân lâzım gelmez. (*Bezzâziyye*)

9. Mes'ele: Çoban bir koyunun telefindan havf etmekle zebh etse, hayatından ümid munkatı' olunca zamân lâzım gelmez. (*Hâniyye*)[2]

Kā'ide-i Sâniye: Her amel ki nâs onda mütefâvit ola, bunda istiâne sâbit olmaz.

Muselâ bir kimse mezbûh hayvanı selh için asıp da diğeri bilâ-izin selh etse zâmin olur. Zira nâs selhde mütefâvit olup, amma zebhde değil. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

5- Zâmin olur. Zamânın mütlife istinadından anlaşılır ki, âmire -bi-gayri def'i'l-mal demektir- zamân lâzım gelmez. Buna müteferri' bâzı mesâil:

---

1 لانه بقبضه دخل فى ضمانه وبدعوى الرد يدفع الضمان عنه فلا يصدق, رد محتار. وكذلك الجواب فيما اذا قضى القاضى بالقيمة, هنديه فى الباب الثانى عشر.

2 والمختار للفتوى الضمان, طحطاوى.

1. Mes'ele: Bir kimse diğerin rubasını bir şahsın emriyle yırtsa, ol kimse zâmin olur; yoksa ol şahıs değil. Meğer ki âmir mücbir buluna (*Bezzâziyye*). (1510. maddeye bak.)

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin şu kadar malını tagallüben ahzetmekle, o kimesne da'vâ ettiğinde, ol kimse "Ben filanın hizmetkârı idim, onun emriyle alarak ona vermiş idim ondan al!" diye zamândan imtinâ' edemez. (*Behce*)

3. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin hanesini bir şahsın sevk ve tahrîki ile ihrak etse, ol kimse zâmin olur. Yoksa mücerred sevk ve tahrik etmesinden dolayı o kimesne üzerine zamân lâzım gelmez. (*Feyziyye*) Zîra o şahsın ol kimse üzerine asla velâyeti olmamakla, emri sahîh değildir. (95. maddeye bak.) Hatta velayeti olur ise emri sahîh olur. Şöyle ki iki kimse beyninde müşterek bir hayvanı bir şahıs, ehad-i şerîkinden âriyeten istemekle, ol hayvanın şahs-ı merkūma teslim edilmesini şerîk-i merkūm bir adama emredip de o da onu müste'îre teslim etse, âmire zamân lâzım gelir. Zîra bunda memurun teslimi kendisinin teslimi gibidir. Nitekim baba, tarlasında ateş yakmasını hava rüzgârlı olup komşusuna te'addi edeceği günde veledine emredip de o da o günde yaksa da ateş komşusunun arzına te'addî ederek bir malını itlâf etse, baba zâmin olur. Zîra emir sahîh olup binâenaleyh hüküm âmire müntakil olur.

Kezâ bir kimse sabî-i mahcura "Şu ağaca çıkıp benim için yemiş topla!" deyip de o da çıkıp düşerek telef olsa, diyet lâzım gelir. (*Tahtâvî*)

4. Mes'ele: Bir kimse, bir sabîye diğerin malını itlâf etmesiyle emretmekle, o da itlâf etse, sabinin malından zamân lâzım gelir. Şu kadar ki, bunda me'mur sabî olmakla o da âmire mürâca'at eder. (*Redd-i muhtâr*)

5. Mes'ele: Bir sabî-i me'zûn diğer sabîye gayrin elbisesini yırtmasıyla emretmekle o da yırtsa, me'mur olan sabinin malından zamân lâzım gelir. Sonra o da âmirine mürâca'at eder. (*Câmi'u'l-Fusûleyn*)

6. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesneye "Filan adamın malını ahz et." demesiyle o da ahz etse, zamân âhize lâzım gelir.

7. Mes'ele: Baba, ibn-i bâliğine diğerin malını veya nefsini itlâf etmesiyle emredip de o da itlâf etse, zamân ve diyet ibn üzerine lâzım gelir. Zîra emr-i vâki' fâsid ve gayr-ı sahîhdir.

8. Mes'ele: Bir kimse duvarcıya, gayrin duvarına bi'l-işâre "Şu duvarı delip kapı aç." deyip de o da delse, duvar sahibi duvarcıya tazmîn ettirir. Ve bedel-i zamân ile âmire mürâca'at edemez. Şu kadar ki âmir ol duvarın muhît bulunduğu hanede

sakin olup da duvarcıyı ücretle tutmuş ise duvarcı dahi 658. maddeye mebnî âmire mürâca'at eder. (*Tahtâvî*)

Âmire zamân lâzım gelen bâzı mesâil *Dürr-i Muhtâr*'ın Kitab-ı Gasb'ında zikrolunmuştur. Bâlâda âmir bi-gayr-i def'i'l-mâl denilmesinin sebebi şudur: Âmir bi-def'i'l-mâla müte'allik bâzı mesâil 657. madde şerhinde zikrolunmuş idi. (*Hamevî*)

Ahkâm-ı Erbaa:

Şu madde ahkâm-ı erbaayı havî olmakla her birinin ayrı ayrı îzâhına mübâderet olundu.

Hükm-i Evvel: Bir kimse diğer kimesnenin yednideki malını kasden itlâf etse, zamin olur.

Buna müteferri' bâzı mesâil:

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin tulum içinde olan şu kadar kıyye yağını döküp itlâf etse zamân lâzım gelir. Bu takdîrde ol kimse "Mezkûr yağ tâhir olmayıp necis idi." o kimesne "Tahir idi." diye ihtilâf ettiklerinde ol kimse tahir olmadığına yemin ederse tasdik olunarak ona göre zâmin olur. (*Feyziyye*)

2. Mes'ele: Bir kimse kendisinin ekinine girmiş olan diğer kimesnenin hayvanını ekinden çıkardığı sırada sevk etse ve taşlasa da bundan dolayı hayvan telef olsa zâmin olur. Amma yalnız ekinden ber-mu'tâd çıkarıp, ondan sonra sevk etmese zamân lâzım gelmez. (*Tenkīh*) Gayrin ekininden başkasının hayvanını çıkarmakta dahi hüküm böyledir.

3. Mes'ele: 803. madde şerhinde zikrolunduğu üzre, bir kimse diğerin sakk ve senedini yırtsa, senedin mektuben kıymetini zâmin olur. Yoksa havî olduğu meblağı değil. Nitekim, bir kimse diğerin hesap defterini itlâf etse, onun değerini zâmin olur. Yoksa derûnunda muharrer emvali değil.

4. Mes'ele: 914. madde vechile, bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlâf etse zâmin olur.

5. Mes'ele: 915. madde vechile, bir kimesne, diğerin elbisesini çekip de yırtsa zâmin olur.

6. Mes'ele: 916. madde mûcibince bir sabî diğerin malını itlâf etse, kendi malından zâmin olur.

7. Mes'ele: Bir kimse diğerin malına kıymetçe bir gûne noksan getirse, 917. madde mûcibince zâmin olur.

8. Mes'ele: 918. madde mûcibince, bir kimse diğerin akārını bi-gayr-i hakkın hedmetse zâmin olur.

9. Mes'ele: 919. madde vechile, bir mahalde harîk vukū' bulmakla, bir kimesne bir haneyi sahibinin izni olmaksızın bilâ-emr-i veliyyü'l-emr yıksa zâmin olur.

10. Mes'ele: 920. madde mûcibince, bir kimse âharın arsasındaki eşcârı bi-gayr-i hakkın kat' ederse zâmin olur.

11. Mes'ele: 921. madde hükmünce iki kimse bi'l-mukābele yekdiğerin mallarını itlâf etse, ikisi de zâmin olur.

12. Mes'ele: Bir kimse diğerin malını tesebbüben itlâf etse, 922. madde vechile zâmin olur.

13. Mes'ele: Bir kimse diğerin hayvanını kasden ürkütüp firar ile zâyi' olsa, 923. madde mucebince zâmin olur.

14. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin bir kapısının iki kanadından birini yahut çift ayakkabbısının tekini itlâf ettiğinde, o kimesne diğer tekini mütlife redd ile çiftini mütlife tazmîn ettirebilir. (*Hâniyye*)

Hükm-i Sani: Bir kimesne diğer kimsenin yedindeki malını min-gayr-i kasdın itlâf etse zâmin olur.

Buna müteferri' bâzı mesâil:

1. Mes'ele: Bir kimse kendi hanesinde bir şey dakk -vurmak- etmekle muttasıl bulunan komşusunun hanesinde bundan dolayı bir şey düşerek telef olsa, ol kimse üzerine zamân lâzım gelir. (*Hâniyye*)

2. Mes'ele: Bir kimse tarîk-ı âmmda bi-özrin "Yâni meselâ götürmeğe muktedir olmadığından" bir şey koymakla diğer kimesne ona sürçerek düşüp de bundan dolayı ol şey telef olsa, o kimesne mezkûr şeyi zâmin olur. Amma bilâ-özrin koymuş ise zâmin olmaz. Zîra mülk-i gayri işgal etmek hasebiyle mütlif kendisi, yâni vaz' eden addolunur. (*Yetîmetü'd-dehr*)

3. Mes'ele: Kassar, kendi dükkânında kassarlamakta iken bundan dolayı komşusunun dükkânı münhedim olsa zâmin olur. (*Hamevî*)

4. Mes'ele: Bir kimse duvarcıyı bi'l-istîcar tarîk üzerinde vâki' duvarı hedm ettirmekte iken mârreden biri üzerine taş düşüp de bir zarar etse, duvarcıyla zamân lâzım gelir. Yoksa ol kimseye değil. (*Ankaravî*)

5. Mes'ele: Bir kimse kendi bahçesinde nişan atmakta iken, komşusunun hanesine tecavüzle bir malı ifsâd yahut bir nefsi katletse zâmin olur. (*Hâniyye*)

6. Mes'ele: Demirci, dükkânında demir döğerken kıvılcım sıçrayıp da tarîk-ı âmmda mürûr eden bir kimsenin elbisesini ihrâk eylese demirci zâmin olur. (926. maddeye bak.)

7. Mes'ele: Bir kimse kendi mülkünde hatab yararken, parçası tetâyür ederek komşusunun malını telef etse zâmin olur.

8. Mes'ele: Bir kimsenin elinde üç aded sîm mecidiye bulunduğu ve ona bakmakta olduğu halde elinden düşerek diğer kimesnenin ayn cinsinden olan mecidiyelerine vâki' olup ihtilât ederek temyîzi kabil olmasa, ol kimse diğer mecidiyeleri gâsıb ve zâmin olur. (*Hâniyye*)

Hükm-i sâlis: Bir kimse diğer kimesnenin emîni yedindeki malını kasden itlâf etse zâmin olur.

Buna müteferri' mesâil:

1. Mes'ele: Bir kimsenin diğer kimesneye îda' ve teslim ettiği eşyayı, bir şahıs o kimesneden ahz ve istihlâk eylese, şahs-ı merkûm zâmin olur. (*Ali Efendi*)

2. Mes'ele: Müşteri satın alıp, henüz yed-i bâyi'de bulunan mebîi ecnebi itlâf etse 293. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre müşteri mütlife tazmîn ettirebilir.

3. Mes'ele: 788. maddede zikrolunduğu üzre müstevda'dan başka bir kimse vedî'a olan altını diğer altınlarıyla karıştırsa zâmin olur.

4. Mes'ele: Kitab-ı İcâre'nin bâb-ı sâmininin fasl-ı sânisinde zikrolunduğu üzre müste'cirin te'addîsi veya taksîri yahut ma-fevkine tecavüzle mezuniyete muhalefeti ile me'cûr telef olsa zâmin olacağı gibi, mezkûr bâbın fasl-ı sânisinde beyân olunduğu vechile ecîrin te'addîsi veya taksiri ile müste'cerün-fîh telef olsa zâmin olur.

5. Mes'ele: 401. madde vechile vefâen mebî' müşterinin te'addîsi ile telef olsa zâmin olacağı gibi 741. ve 742. madeler mucibince mürtehin yahut âhar kimesne rehni itlâf etse zâmin olur.

Hükm-i râbi': Bir kimse diğerin emini yedindeki malını min gayr-ı kasdın itlâf etse zâmin olur.

Buna müteferri' bâzı mesâil:

1. Mes'ele: 778. madde vechile müstevda'ın hizmetkârı yedinde vedî'a üzerine bir şey düşüp telef olsa, hizmetkârı zâmin olur. Bu îzâhattan anlaşılıyor ki âti'z-zikr bâzı mevâdd, bu madde üzerine müteferri' mesâildendir.

İcâzetü'l-itlâf sahîh değildir:

Kā'ide: İcâzet, itlâfa lahık olmaz. (*Dürr-i Muhtâr*)

Buna müteferri' bâzı mesâil:

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin malını te'addîyen itlâf ettikden sonra mal sahibi "Mücîz oldum." veya "Razı oldum." dese icâzet itlâfa lâhık olmayacağı cihetle, mütlif zamândan berî olmaz. (Eşbah) Bundan tasadduk-ı lukata mes'elesi müstesnadır ki 780. madde şerhinde beyân edilmiş idi. Vech-i istisnâ şudur: Lukatanın tasaddukuna izin, mâlikden değil, şâri'den hâsıl olmuştur. Binâenaleyh bunu icâzetde, lukatanın mevcud olması şart değildir. (*Redd-i muhtâr*)

2. Mes'ele: Mebî' müşteri-i fuzûli yedinde telef oldukdan sonra mal sahibi mücîz olsa câiz olmaz. (378. maddeye bak.)

3. Mes'ele: Bir kimse, nezdinde vedia olan şu kadar altını mûdi'in izni olmaksızın diğer kimesneye ikraz etmekle, o kimesne dahi onu istihlâk ettikden sonra, mûdi' bu ikrazı mücîz olsa, icâzet sahîh olmamakla meblağ-ı mezkûrü ol kimseye tazmîn ettirebilir. (793. madde şerhine bak.)

4. Mes'ele: Ehad-i verese, diğerin gıyabında, terekeden bâzı emval sarfiyle ziyafet verdikden sonra, diğerleri geldiklerinde bunu mücîz olup, ba'dehû tazmîn etmek isteseler, tazmîn ettirebilirler. Çünkü itlâf, mevkuf olmaz ki hatta ona icâzet lahık ola. (*Redd-i muhtâr* ve *Tahtâvî*)

5. Mes'ele: Fuzulî, bir malı âhara îcar ederek, müddet-i icâre münkazî olmak sûretiyle menâfi' itlâf edildikten sonra mal sahibi müciz olsa câiz olmaz. (447. maddeye bak.)

6. Mes'ele: Müstevda' vedî'ayı bilâ-izni'l-mûdi' âhara îda' ederek, müstevda'-ı sâni yedinde telef olduktan sonra mûdi' îda'ı mücîz olsa sahîh olmaz. (791. madde şerhine bak.)

7. Mes'ele: Bir kimse Zeyd'in medyununa "Zeyd'in sendeki on altın alacağını bana ver, vekili değil isem de mücîz olur." demesiyle o da verse, mezkûr on altun o kimse yedinde aynen mevcud olduğu halde, Zeyd bu kabzı mücîz olunca câiz olursa da on altun telef olduktan sonra mücîz olsa câiz olmaz.

8. Mes'ele: Mudârib, sarâhaten me'zun olmadıkça, mâl-i madrûbeyi diğerine karz olarak veremeyeceğinden verip de yed-i müstakrızda aynen mevcud iken mâlik mücîz olunca câiz olur. Fakat ba'de't-telef mücîz olursa câiz olmaz. (*Fusûleyn* fi'l-fasli'r-râbi' ve'l-ışrûn)

[**Amma**] mal sahibinin yahut emîninin yedinde bulunmayıp da [**gāsıb yedindeki mâl-i mağsûbu âhar kimesne itlâf etse**] mütlif, gāsıbü'l-gāsıb hükmünde olacağından fasl-ı mâzide tafsîl olunduğu üzre [**mağsûbun-minh muhayyerdir. Dilerse gāsıba**] kıyemiyyattan ise yevm-i gasbındaki kıymetini ve misliyyattan ise mislini [**tazmîn ettirip o dahi**] bi'l-isnad mağsûba mâlik olacağından [**mütlife rücû' eder. Ve dilerse mütlife**] kıyemiyyattan ise yevm-i itlâfındaki kıymetini ve misliyyattan ise mislini [**tazmîn ettirip mütlif bu sûretde gāsıba rücû' edemez.**] de kararu'z-zamân mütlif üzerine olur.

913. MADDE

[**Birinin ayağı kayıp da düşerek âharın malını itlâf etse, zâmin olur.**] (92. maddeye bak.) Meselâ bir kimse bakkal dükkânına girdiğinde, ayağı kayıp bal fıçısı üzerine düşmekle devrilip, içindeki bal zâyi' olsa, ol kimse bakkala zâmin olur. (*Behce*)

Madde-i ânife şerhinde gösterildiği üzre bu madde, madde-i ânifede dahil ve onun misali hükmündedir.

914. MADDE

[**Bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlâf etse zâmin olur.**] (92. maddeye bak.)

Meselâ bir kimse, bâyi'inin malı ve iştirâsı meşrû' bulunduğu zannıyla iştirâ ettiği koyunu zebh ile ekl ettikden sonra bir müstahık çıksa, zâmin olur. Zîra 72. madde mûcibince hatası zahir olan zanna itibar yoktur. Fakat hükm-i hata merfû' olmakla bundan dolayı ol kimse âsim ve müstahıkk-ı ta'zîr olmaz. Nitekim gasbda dahi hüküm böyle olduğu 890. ve 891. maddelerin şerhlerinde beyân olunmuş idi.

912. madde şerhinde zikrolunduğu üzre bu madde dahi onda dahil ise de, zann-ı mezkûr itibarıyla müstakillen zikrolunmuştur.

915. MADDE

[**Bir kimesne, diğerin elbisesini**] yani diğer kimsenin lâbis olduğu yahut imsak etmekte bulunduğu elbisesini [**çekip de yırtsa, tamam-ı kıymetini**] yâni îkā' ettiği noksanın cümlesini [**zâmin olur.**] Yâni elbiseyi çeken, sahib-i sevb olmayan müteşebbis olunca müte-

şebbis, tamam-ı kıymetini zâmin olur. (*Hâniyye* fî evâili'l-gasb.) Çünkü çeken, elbiseyi müstakillen itlâf etmiştir.

Tamam-ı kıymeti demek, şerhan işaret olunduğu üzre, yırtılmak sebebiyle elbiseye ârız olan noksanın küllisi -fıkra-i âtiye vechile, zarar-ı vâki'in yalnız nısfı değil- manasında olup, binâenaleyh bunda dahi 900. maddenin "Kezâlik bir kimse gasbeylediği elbiseyi yırtmakla.." fıkrasındaki tafsîlatın cereyânına bu ta'bîr münâfî düşmez.

[**Amma**] bir kimse diğer kimesnenin malı olan [**elbiseye teşebbüs edip de**] yani yapışıp da mezkûr elbiseyi [**sahibi çekmekle yırtsa, nısf-ı kıymetini zâmin olur**.] (*Hâniyye*) Çünkü telef, mal sahibinin fi'liyle, teşebbüs edenin fi'linin mecmû'undan hâsıl olur. Binâenaleyh zamânın mütesâviyen inkısâmı iktizâ ederek mal sahibinin fi'li heder olmakla, çeken hasran nısfını zâmin oldu.

Amma bir kimse diğer kimesnenin zirâını, yâni kolunu ısırıp da o kimesne kolunu çekmekle, ol kimsenin dişleri döküldüğü gibi o kimesnenin dahi eti kopsa, ol kimsenin dişleri heder olur. Fakat ol kimse o kimesnenin zirâının erşini zâmin olur. (*Hâniyye*)

[**Kezâlik bir kimse, diğerin eteği üzerine oturup da**] rubanın [**sahibi**] ol kimsenin eteği üzerine oturduğunu [**bilmeyerek kalkmakla elbisesi yırtılsa**] zahir rivayetde [**o kimesne elbisenin nısf-ı kıymetini**] yâni, şu yırtılmaktan dolayı elbiseye târî olan noksanın nısfını ta'bîr-i diğerle zamânı şıkkın nısfını [**zâmin olur**.] (*Hâniyye*) Esbab-ı mûcibesi bâlâda zikrolundu.

Mecelle'deki oturmak ta'bîri mes'ele-i âtiyeden ihtirâz içindir. Şöyle ki bir kimse, tarîk-i âmmdan geçerken, elbisesi bir kimesnenin dükkânının anahtarına tealluk etmekle elbise parçalansa, anahtar dükkân sahibinin mülkünde ise dükkân sahibine elbisenin zamânı lâzım gelmez. (91. maddeye bak.) Zîra sevbi çeken kendisi ve binâenaleyh, yırtan mal sahibidir. Ve eğer başkasının mülkünde bi-gayr-i hakkın takmış ise zâmin olur. (*Hâniyye*) Başkasının dükkânını gasbetmiş olmak gibi.

916. MADDE

[**Bir sabî**] gerek mümeyyiz olsun gerek olmasın, ve gerek me'zun olsun ve gerek olmasın [**diğerin**] yâni diğer bâliğ veya diğer sabînin [**malını**] bilâ-emri'l-âhar [**itlâf etse**] yahut diğerin malına bir gûne noksan getirse [**kendi malından zamân lâzım gelir**.] Zîra 960. madde hükmünce sabî, mahcur olsa bile ef'âliyle muâhaze olunur. 776. madde şerhinde buna dair bâzı mesâil zikrolunmuş idi.

Meselâ bir sabî, sath üzerine bevl etmekle birinin elbisesini ifsâd etse, sabînin malından zamân lâzım gelir. (*Câmi'u ahkâmi's-sığâr*) Ol sabînin [**malı yok ise hâl-i yüsrine intizar olu-**

nur.] Nitekim mu'assir olan medyun, kesb-i yesâr edinceye kadar deyn ile mutâleb olmadığı gibi. Yoksa [**velîsine**] yâni meselâ pederine veya vasîsine kendi malından [**tazmîn ettirilmez.**] Zîra hiçbir kimse, gayrin borcunu te'diyeye icbâr olunamaz; meğer ki havale ve kefâlet gibi bir sebeb-i şer'î buluna. Meselâ bir kimsenin zimmetine tealluk eden borcu, pederinden veya oğlundan mutâlebe olunamaz. (97. maddeye bak.) Bu sûretde bir sabî, sokakta taş atıp da diğerin hanesinin camını kırsa, sabîyi başıboş salıverdin diye velîsine tazmîn ettirilmez.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Malını: Bu ta'bîr, *Mecelle*'de emvalden bahsedildiğine mebnî olup yoksa itlâf-ı nefsde dahi hüküm böyledir. Şöyle ki, bir sağîrden sâdır olan cinâyetin diyeti, kendi malından lâzım gelir. Malı yok ise hal-i yüsrine intizar olunur. Yoksa akrabası üzerine lâzım gelmez. Mecnun ile ma'tûh bu hükümde sağîr gibidir. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

2- Bilâ-emri'l-âhar: 912. madde şerhinde îzâh olunduğu üzre bir sağîr, diğer bir bâliğin emriyle başkasının malını itlâf etse, yine sabînin malından zamân lâzım gelir ise de sonra sabî-i merkūm, bedel-i zamân ile âmirine mürâca'at eder.

917. MADDE

[**Bir kimse**] gerek sabî veya mecnun veya ma'tûh olsun ve gerek âkıl ve bâliğ olsun [**diğerin malına kıymetçe bir gûne noksan getirse, noksan kıymetini zâmin olur.**]

"Kıymetçe" denilmesiyle bâis-i zamânlan noksan, mcerred noksan-ı hissî olmayıp belki noksan-ı kıymet olduğuna işaret olunuyor. Binâenaleyh bir kimse diğer kimesnenin arsasında çukur kazıp da, arsasına mazarratı ve noksan kıymeti mûcib olunca zâmin olur ise de kazmaktan arsaya hiçbir gûne mazarratı olmamış ise nesne lâzım gelmez. *(Ankaravî)*

900. maddeden münfehim olacağı üzre yalnız noksan kıymetinin lüzumu mezkûr noksan rubu' kıymete bâliğ olmadığı takdîrdedir. Amma rubu' kıymete bâliğ veya ziyâde olur ise, o malı ol kimseye terk ile küll-i kıymetinin tazmînine mal sahibinin hakkı vardır.

Bu madde, kā'ide hükmünde olmakla buna müteferri' bâzı mesâil ber-vech-i âtî zikrolunur.

1. Mes'ele: 900. maddede zikrolunduğu üzre gāsıbın isti'maliyle mağsûbun kıymetine noksan gelse zamân lâzım gelir.

2. Mes'ele: Bir kimse bilâ-emri'l-mâlik bir hayvana tahmîl-i metâ' edip de hayvan yaralanıp mâliki yarasını yarsa, eğer bilâ-noksan mezkûr yara mündemil olur ise zamân lâzım gelmez. Amma, mezkûr yaradan noksan gelirse zâmin olacağı gibi, bundan dolayı hayvan

telef olsa zâmin olur. Nitekim mezkûr hayvan ol yaradan telef olmadığı gibi, kıymetine noksan dahi gelmeyip, belki noksan, mal sahibinin ol yarayı yarmasından dolayı olur ise zamân lâzım gelmez.

Şu halde gāsıb "Yarayı yarmaktan telef veya noksan târi oldu." ve mağsûbun-minh "Yaradan telef veya kıymetine noksan târi oldu." diye ihtilâf ettiklerinde, söz zamânı inkâr eden gāsıbın olup, amma beyyine mâlikindir. (*Bezzâziyye* ve *Ankaravî*)

3. Mes'ele: Bir kimse tâcirin yağına iştirâ etmek garazıyla bakarken enfinden kan seyelan etmekle yağ müteneccis olsa, eğer tâcirin izniyle yakmış ise zamân lâzım gelmeyip ve illa zâmin olur. Bu takdîrde bakılır. Ol yağ me'kül ise mislinin zamânı lâzım gelir. Değil ise noksan-ı kıymeti lâzım gelir. (*Bezzâziyye*)

4. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin arsasından toprak aldığında ol toprağın kıymeti olmayıp fakat bundan dolayı mezkûr arsaya noksan gelse noksan-ı mezkûrün zamânı lâzım gelir. Amma noksan gelmemiş ise nesne lâzım gelmez. (*Bezzâziyye* ve *Hâniyye*) Ancak aldığı toprağın kıymeti bulunur ise arsaya noksan gerek târî olsun gerek olmasın mezkûr toprağın kıymetini zâmin olur. (*Feyziyye*)

5. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin ağacının dalını kestiğinde, bundan dolayı terettüb eden noksan eğer fâhiş ise ağacın tekmil kıymetini zâmin olur. (900. maddeye bak.) Bu sûretde mezkûr ağaç, kesilen dal ile takvîm olunacağı gibi bir de mezkûr dal olmayarak takvim olunup iki kıymet beynindeki tefâdul, noksan-ı kıymet olur. (*Hâniyye* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi')

6. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin dikilmiş elbisesini bozsa, ol elbisenin dikilmiş olduğu haldeki kıymeti ile dikilmemiş olduğu haldeki kıymeti takdîr olunarak farkını zâmin olur. Nitekim bir kimse diğer kimesnenin hanesi kapısını yerinden çıkarsa, yahut bi'r-i vudû'una bevl etse, yahut birinin eğerinin dikişlerini bozsa "***ve kezâ küllü mâ kâne müellefen ve mürekkeben iza nakaza te'lîfehû***" hükm-i mezkûr câri olur. (*Ankaravî* ve *Hâniyye*) Amma bir kimse âmmeye ait olan kuyuya necaset ilkā ederek telvîs etse, noksan kıymetini zâmin olmayıp tathîr ile emrolunur. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi')

7. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin te'lif hasırını nakzetse bakılır. İadesi mümkün ise iade ettirilir. Değil ise menkuz ol kimseye teslim ile hasırın sahîhan kıymetini ahz eder. Hâl-i sabıkına iadesi mümkün olan her şeyde hüküm böyledir. (*Hâniyye*)

8. Mes'ele: Bir kimsenin yedinde zeytin yağı şişesi olduğu halde giderken diğer kimesne ile müsâdeme ederek şişe kırıldığı gibi yağ dahi o kimesnenin elbisesine dökülerek ifsâd etse nazar olunur. Ol kimsenin çarpmasıyla vukū' bulmuş ise ol kimse o kimesnenin elbisesini zâmin olur. O kimesnenin çarpmasıyla vukū' bulmuş ise, o kimesne hem yağını hem de şişeyi zâmin olur.

9. Mes'ele: Bir kimse komşusunun duvarına muttasıl olan mülk arsasını hafr ederken, bi't-te'addî komşusunun duvarının temel taşlarını ihrâc etmekle duvarın mebniyyen kıymetine noksan terettüb etse ol kimse bu noksanı zâmin olur. (*Behce*)

10. Mes'ele: Şeceretü'l-cevz, sağir cevizleri ihrâc etmiş iken, bir kimse mezkûr cevizleri itlâf etse, noksan kıymetini zâmin olur.[3] Şöyle ki ol şecere üzerinde mezkûr cevizler bulunduğu halde takvim olunacağı gibi, bulunmadığı halde takvim olunup iki kıymet arasında bulunan fazlı, ol kimse zâmin olur. (*Bezzâziyye* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi')

11. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin mülk eşcârını tagallüben diplerinden kat' ve istihlâk etse, eşcâr-ı müstehlekenin kāimen kıymetlerini zâmin olur.[4] (*Behce* ve *Feyziyye*) Şöyle ki bahçe, bir kerre eşcâr maktû'a, bir kerre ol eşcâr gayr-i maktû'a olduğu halde takvîm olunup iki kıymet beynindeki tefavüt ne ise o kimse onu zâmin olur.

Ve eşcâr-ı maktû'a mevcud ise, o kimesne dilerse eşcâr-ı maktû'ayı alıkoyarak yalnız noksanı tazmîn ettirir. Zîra şecere-i kāimeyi itlâf eylemiştir.

Ve bu halde eşcârın maklûaten kıymetiyle kāimeten kıymeti müsâvî olup da o kimesne eşcâr-ı maklûayı alınca, ol kimseden nesne isteyemez. Zira bu halde bir şey telef ve zâyi' olmuş değildir. (*Hâniyye* ve *Bezzâziyye*)

12. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin kılıcını iki parça eylese o kimesne kılıcın parçalarını ol kimseye teslim ettirip kılıcın tamâmen kıymetini tazmîn ettirir. (*Ali Efendi*)

13. Mes'ele: Bir kimse masraf ederek kasab ve haşîş ile tennûrunu kızdırdıktan sonra, diğer kimesne su dökerek tennûrunu tebrîd etse, alâ kavlin tennûrun, mescûr ve gayr-i mescûr olarak ücretleri takdîr olunarak fark ve tefâvütü zâmin olur. (*Hâniyye* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi')

14. Mes'ele: Bir kimsenin kendi mülkünde hafr ettiği kuyuyu diğer kimesne, çıkarılan toprağı doldurarak defn etse, mezkûr kuyu mahfûre ve gayr-ı mahfûre olarak takvîm olunup mâbeynlerindeki tefâvütü zâmin olur. Amma mezkûr kuyuya bir miktar toprak atsa, atan kimse ihrâca cebrolunur.

"Kendi mülkünde" denildi. Zîra sahrada hafreylediği takdîrde bakılır. Eğer su çıkmadan doldurulmuş ise nesne lâzım gelmez. Amma su çıktıktan sonra doldurulmuş ise tafsîlat-ı ânife vechile fadl ve tefâvütün zamânı lâzım gelir. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi')

---

3 لان الاذن ثابت فى هذه المسائل دلالة والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد الصريح بخلافها, هنديه فى الباب الثالث.

4 لان تلك الجوزات وان لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالاتلاف اذا لم تكن على الشجرة فباتلافها وقطعها تنقص قيمة الشجرة, خانيه.

15. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin ganeminin izinsiz yününü kırksa da keçe imal eylese, keçe ol kimsenin olur. Zîra bu keçe o kimsenin sun'iyle meydana gelmiştir. Feba'de zâlik bakılır. Yününü kırkmak ganemin kıymetine îras-ı noksan etmiyor ise ol kimse yalnız sofun yâni yünün mislini zâmin olur. Amma îrâs-ı noksan ediyorsa, o kimesne muhayyer olup dilerse sofun mislini ve dilerse bundan dolayı koyunlara ârız olan noksanı tazmîn ettirir. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'-i aşara mine'l-gasb)

918. MADDE

[**Bir kimse diğerin hane ve dükkân**] ve cidar [**misillü akārını bi-gayr-i hakkın hedm etse**] ke'l-evvel inşâya icbar olunamaz. Zîra bina zevât-ı emsalden değildir ki misli ile kaza edilmek mümkün ola. Fakat hedmedilen akārın enkazı mevcud ise [**sahibi muhayyerdir. Dilerse enkazını hedmeden kimseye**] ve ol kimse fevt olmuş ise veresesine [**terk ederek mebniyyen kıymetini**] ber-hayat ise hâdime ve hâdim fevt olmuş ise terekesinden olmak üzre veresesine [**tazmîn ettirir.**] Amma arsa mevcud olmakla onun kıymetinin zamânı lâzım gelmez. (*Fetâvâ-yı Cedîde* ve *Behce*) [**ve dilerse ol akārın mebniyyen kıymetinden enkazının kıymetini tenzil ve kıymet-i bâkiyeyi tazmîn ile beraber enkazını dahi alıkor**.] Zîra ol binâ min-vechin kāimdir; şu cihetle ki enkazı mevcuttur. Min vechin âhar hâlikdir. Şu sebeble ki binanın sûret-i te'lifiyyesi kalmamıştır. Binâenaleyh sahibi dilerse kıyam cihetine meylederek noksanını tazmîn ve dilerse helâk tarafına giderek kıymetini tazmîn ettirir. (*Tenkīh*) Amma ol kimse akārın enkazını dahi istihlâk etmiş ise, artık ber-vech-i muharrer muhayyerlik kalmayıp mebniyyen kıymetinin tazmîni ta'ayyün eder.

[**Fakat gāsıb onu**] rızasıyla [**ke'l-evvel**] yâni evvelki hal üzre yahut daha a'lâ olarak [**bina ediverse zamândan berî olur**.] Gerek evvelki enkazıyla bina etsin ve gerek diğer levazım ile inşâ ve iade eylesin. Amma ke'l-evvel veya daha a'lâ inşâ etmeyip mütefâvit ve ednâ sûretde bina etse berî olmaz. (*Bezzâziyye*) Bu halde tarafeyn bir şey üzerine ittifak ve sulh olurlar ise a'lâ olur. Ve illa zâhir olan eski binanın mebniyyen kıymeti zâmin olup bina-yı ahîri hedm ederek enkazını ahz eder. (*Şârih*)

Hedm-i cidarın îzâhı: Bir kimse diğer kimesnenin duvarını hedm etse, o kimesne muhayyerdir. Dilerse enkazını ahz edip noksanını tazmîn ettirir. Yoksa ke'l-evvel binaya icbar olunamaz. Zîra hâit zevât-ı emsalden değildir. (*Bezzâziyye* ve *Câmiu'l-icâreteyn*)[5] Noksan dahi ber-vech-i âtî ta'yîn edilir. Şöyle ki , hane bir kerre şu duvar ile ve bir kerre de duvarsız takvîm olunarak iki kıymet beynindeki tefavüt ne ise noksan addolunur. (*Redd-i muhtâr*)

Mecelle'de "bi-gayri hakkın" denilmesi bi-hakkın hedmden ihtirâz içindir ki bi-hakkın hedmde zamân lâzım gelmez. Buna, iki mes'ele tefrî' olunur.

---

5 لانه اتلف عليه شجرة قائمة, خانيه.

1. Mes'ele: 906. madde şerhinde zikrolunduğu üzre gāsıb, arz-ı mağsûb üzerine bina inşâ etse, mağsûbun-minh bunları kendisi kal' edebilip bundan dolayı zamân lâzım gelmez.

2. Mes'ele: Madde-i âtiyede beyân olunduğu üzre itfâ-yı harîk için emr-i veliyyü'l-emr ile birinin hanesini bir kimse hedm etse, zamân lâzım gelmez.

Hedmedilen akārın ke'l-evvel inşâsına icbar olunan mesâil:

Bir kimse vakıf akârı hedm ettiğinde, hâlet-i ûlâsına iade edilmek mümkün ise iade ettirebilir. Şöyle ki bir kimse, bir karyede vâki' câmii şerîfin minaresini yahut duvarını yahut bütün mescidi hedm ve nakzî istihlâk eylese, mütevellî minareyi veya duvarı yahut mescidi ke'l-evvel ol kimseye yaptırır. (*Behce* ve *Câmiu'l-İcâreteyn* ve *Vâkı'ât*) Nitekim bir kimse taht-ı istîcârında olan mevkuf bir haneyi hedmedip fırın yahut değirmen yaptırdığında, hâkim nazar eder. Fırın yahut değirmen olarak ücreti daha ziyade ise vakıf için bi'l-ibkā ücretini alır. Bu takdîrde müste'cir masrafında müteberri' olur. Daha ziyade değil ise bi'l-hedm hâlet-i ûlâsına iadesiyle hüküm ve müste'ciri vech-i lâyık üzre ta'zîr eder. Vakıfta iade ve gayrisinde adem-i iade hükmü sabit oluyor. Fark şudur ki vakıf için enfa' olanıyla iftâ ve hükmolunması fukahâca mukarrer olup şüphe yok ki hâlet-i ûlâsına iade edilmek vakıf için bedelden enfa'dır.

Kezâ bir kimse diğer kimesneye ait kuyuya necaset ilkā' etse, nezh ile emrolunmayıp noksanını zâmin olur. Amma âmmeye ait bi're necaset ilkā' etse, nezh ile emrolunur.[6]

919. MADDE

[**Bir mahallede harîk vukū' bulmakla bir kimse**] bu kimse gerek orada hanesi tehlikede bulunan olsun gerek olmasın [**bir haneyi**] harîkın sirayetini men' ve tevessü'unu kat' için [**sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada harîk munkatı' oldukda eğer emr-i veliyyü'l-emr ile**] yani irade-i seniyye ile [**yıkmış ise zamân lâzım gelmez**.] Zîra hazret-i sultanın velayet-i âmmesi bulunduğundan, zarar-ı âmmı def' için mezkûr emri sahîh ve meşrû' olmakla bunda hane sahibinin izni aranmaz. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara)

"Munkatı' oldukda" ta'bîri ihtirâzî olmakla munkatı' olmayıp da münhedim haneyi tecavüz etse bile yine hüküm böyledir. Maa-zâlik bu ibare "munkatı' olmak için" makamında olsa gerektir.

[**Ve eğer hod-be-hod yıkmış ise**] ol vâkitdeki yâni harîkın o civarda mevcud bulunduğu haldeki kıymetini [**zâmin olur**.] Zîra gayrın mülkünü mâlikinin izni olmaksızın hedm et-

6 لو فى الجدار تصاوير مصبوغة يضمن قيمة الجدار والصبغ لا التصاوير لانها حرام اذا كانت لذى روح والا فيضمن قيمتها ايضا, رد محتار.

miştir. (33. maddeye bak.) Yoksa hâdim kâmilen kıymetini zâmin olmaz. (*Behce* ve *Bezzâziyye*) Şu kadar ki bu hedimden dolayı âsim ve müstahakk-ı ta'zîr olmaz. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara mine'l-gasb)

Harîk o civarda mevcud iken hane belki halâs olur ümidiyle az çok bir kıymeti olabilir. İşte hâdim ancak bunu zâmin olur. Çünkü bir şeyin vâkit ve zeman-ı istihlâkindeki kıymet lâzım gelir.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Bir kimesne: Hane sahibinden başkası demektir. Amma hane sahibi kendisi hedmedip de orada harîk munkatı' olmakla haneleri halâs olanlardan "Hedmim sebebiyle haneleriniz kurtuldu, binaenaleyh hanemin kıymetini zâmin olunuz." diyemez.

2- Sahibinin izni olmaksızın: Amma sahibinin izniyle hedmederse, hedmeden üzerine zamân lâzım gelmez.

3- Yıkıp da: Bu ta'bîr ihtirâzîdir. Zîra bir kimse itfa-yı harîk için diğer kimesnenin hanesi üzerine çıkmakla şu çıkmasından dolayı ol hane küllen veya bazen münhedim olsa zâmin olmaz. Çünkü zarar harîk-ı âmm olmakla onu herkes def' edebilir. (*Redd-i muhtâr*)

Nitekim düşman hudud-ı İslamiyyeye hücum etmekle, bir kimse ol düşmanı diğerin silahı ile def' edip de o sırada mezkûr silah telef olsa, ol kimse üzerine zamânı lâzım gelmiz. (*Tahtâvî*)

Kezâ bir kimsenin hanesinde harîk vukū' bulmakla komşusu kendi hanesine men'i sirayeti için, arada bulunan kendisinin tahta perdesini vesairesini yine kendisi hedmetse, ol komşu ol kimseye "Senin hanende vukū' bulan harîk sebebiyle yıktım." diye tazmîn ettiremez. (*Tenkīh*)

920. MADDE

[**Bir kimse âharın bahçesindeki eşcârı**] yahut eşcârın dallarını [**bi-gayr-i hakkın kat' ettikde**] eşcâr, maktû'a olarak mevcud olduğu takdîrde [**sahibi muhayyerdir. Dilerse ol eşcâr, kāimen kıymetlerini ahz ile eşcâr-ı maktû'ayı kâtı'a terk eder. Ve dilerse kāimen kıymetlerinden maktû'an kıymetlerini bi't-tenzil vâki' meblağ ile beraber eşcâr-ı maktû'ayı dahi alıkor.**] Zîra 918. madde şerhinde bu mesâilin nazîrinde zikrolunduğu üzre ol eşcâr min vechin kāim ve mevcuddur. Şu cihetle ki, gövdesi ve dalları duruyor ve odun ve kereste olmak imkânı mevcud bulunuyor. Ve min vechin âhar hâlikdir. Şu sebeble ki heyet-i sâbıkası olan alâ vechi'l-karar yere ittisali ve istizlâl ve esmâr ile intifa' edilmek

imkânı kalmamıştır. Binâenaleyh sahibi dilerse kıyam cihetine meylederek noksanını tazmîn ettirir. Dilerse helak tarafına giderek tamam kıymetini tazmîn ettirir. Yoksa ol ağacın mislini mahall-i mahsusunda gars etmesiyle kātı' mahkûm edilemez. Zîra ağaç zevat-ı emsalden değildir.

Amma ol eşcâr-ı maktû'a dahi istihlâk edildiği takdîrde, sahibi ol eşcârın yalnız kāimen kıymetlerini ahz eyler. Çünkü diğer sûrete imkân kalmamıştır.

[**Meselâ eşcâr, kāim olarak bahçenin kıymeti on bin ve bilâ-eşcâr kıymeti beş bin ve eşcâr-ı maktû'anın kıymeti iki bin kuruş olsa, sahibi muhayyerdir. Dilerse eşcâr-ı maktû'ayı kātı'a terk ile beş bin kuruş alır. Ve dilerse üç bin kuruşla beraber eşcâr-ı maktû'ayı dahi alıkor**.] Yâni hem eşcâr-ı maktû'ayı, hem de üç bin kuruşu alır. Şundan anlaşılıyor ki, eşcârın maktû'aten kıymetiyle kāimeten kıymeti vâhid olsa, -saf saf yâni söğüt ağacıyla hor ağacı gibi- sahibi eşcâr-ı maktû'ayı alıkoyunca kātı'dan nesne taleb edemez. Çünkü kātı' bu halde bir şey itlâf etmemiştir. (*Tenkīh* ve *Bezzâziyye*)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Eşcârı: Bu ta'bîr dallarından ihtirâz için olmamakla bir kimse, diğer kimesnenin kāim bulunan ağacının dallarını kat' ettiğinde, ağac-ı maktû' dallarıyla ve mezkûr dalları olmaksızın takvîm olunup aralarındaki fazl ve tefâvütü kātı' zâmin olur. Şu kadar ki bu vecihle kat'ı ağsân sebebiyle şecere ârız olan noksan fâhiş ise, şecerin tekmil kıymetini zâmin olur. (900. maddeye bak.) (*Vâkı*'ât) Hatta kesilen dalların yerine diğeri nâbit olsa bilâ-kātı' zamândan berî olmaz. Nitekim bir kimse diğer kimesnenin ekinini bi-gayri hakkın hasad ile istihlâk ettikden sonra yerine diğeri nâbit olsa bile, ol kimse mahsûdün zamânından berî olmayacağı gibi. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâdis)

2- Bi-gayri hakkın: Bu ta'bîr ihtirâzîdir. Zîra bir kimsenin bahçesine komşusunun ağacının dalları sarkmış olup da şedd ile tefrîğ etmek mümkün olmamakla ol kimse hakime mürâca'at ettiğinde, nereden kat' ile emredecek ise oradan kendisi kendi kendine kat' edebilir ise de, berâ-yı kat' komşusunun bahçesine girmeğe hakkı yoktur. (96. maddeye bak.)

Amma ol dalların ağaca şedd ü rabt ile hevâsının tefrîği mümkün iken kat' ederse zâmin olacağı gibi, bâzısının şeddiyle tefrîğ mümkün ve bâzısının gayr-i mümkün iken cümlesini kat' ettiğinde evvelkileri zâmin olup amma ikincileri zâmin olmaz. Ber-vech-i mezkûr ol kimsenin hakkı kat'ı olmakla beraber, evlâ olan ağaç sahibinden istîzan edip de ondan müsâade aldıktan sonra kat' etmelidir. Müsâade vermez ise hâkime mürâca'at edilmelidir. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'a aşara)[7]

---

7 لان للهادم نصيبا فى العامة ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه فى ايجاب الضمان بخلاف الخاصة, رد محتار.

921. MADDE

[**Bir kimse**] âhar kimesne tarafından [**mazlûm olmakla âhara**] yâni ne o kimesneye ne de başkasına [**zulmetmeğe salahiyeti olamaz.**] (19. maddeye bak.) Belki o kimesneye, kendisine edilen zulm ile mürâca‘at eder. (20. maddeye bak.) Zîra zulüm haram-ı kat‘î olup bunun hükmü hiçbir vecihle tagayyür eylemez. Binâenaleyh, mazlûmiyyet ibâhayı müfîd olmaz. Şöyle ki mağsûbun-minh için gasb, ve mesrûkun-minh için sirkat, ve maktû‘u't-tarîk için kat‘ı tarîk gibi ahval câiz olamaz. (*Tenkīh*)

[**Meselâ biri diğerin malını itlâf etmekle, o dahi bi'l-mukābele onun malını itlâf etse**] takas vâki‘ olmayıp [**ikisi dahi**] 912. madde hükmünce [**zâmin olduğu gibi, bir kabileden biri, diğer kabileden bir şahsın malını itlâf etmekle, o dahi evvelki kabileden diğer birinin malını itlâf eylese, her biri telef ettiği malı zâmin olur.**] Nitekim bir karyede misafir bulunan bir kimseden, ol karye ahalisinden bir kimesne cebren şu kadar kuruş alsa, ol kimse onu ol kimesneden taleb edebilir. Yoksa ol karye civarındaki derbendciden taleb edemez.

[**Nitekim bir kimse aldanıp da âhardan bir kalp akçe alsa, onu başkasına**] yâni aldığı adamdan gayri birine [**sürmeğe salahiyeti olamaz.**] (25. maddeye bak.) Amma aldığı adama iadeye salahiyeti ve sağlamını talebi hakkı vardır. (*Feyziyye* ve *Fetvâ-yı Cedîde*)

FASL-I SÂNÎ

[**Tesebbüben itlâf**]-ı mal [**beyâındadır**]

922. MADDE

[**Bir kimse tesebbüben birinin malını itlâf yahut kıymetini tenkīs etse yâni kendisinin**] bi't-te'addî olan [**fi'li bir malın telefine yahut noksan kıymetine sebeb-i mufzî olsa zâmin olur.**] Yâni itlâf takdîrinde küll-i bedelini zâmin olacağı gibi noksan-ı kıymet sûretinde dahi 900. madde ve şerhinde îzâh olunduğu üzre bâzan küll-i kıymetini zâmin olur.

Buna müteferri' mesâil-i adîde:

Evvelen: [**Meselâ biri diğer kimesnenin esvabına**] yahut vücuduna [**sarılıp da mücadele ederken ol kimsenin üzerinden bir şey düşüp telef**] veya zâyi' [**olsa yahut sakatlansa, sarılan kimse zâmin olur.**]

Telef sûretinde ale'l-ıtlak zamân lâzım gelir ise de zâyi' olduğu takdîrde nazar olunur. Eğer mal sahibinin kurbunda düşüp mal sahibi onu görmüş ve ahza muktedir bulunmuş ise zâmin olur. (*Hâniyye*)

Miktarında ihtilâf: Bu takdîre telef ve zâyi' olan şeyin miktarında ihtilâf olunsa söz mütlifin yâni sarılan kimsenin olduğu gibi müte'allik yâni sarılan sükut ve telefi re'sen inkâr etse, söz kendisinin olup diğeri isbât etmesi lâzım gelir. (8. maddeye bak.) (*Tenkīh*)

Sâniyen: Bir kimse diğer kimesneye vurup o kimesne fevt olsa, yahut bî-akl düşse de üzerinden bir mal yahut ruba telef veya zâyi' olsa, ol kimse şu mal veya rubayı da zâmin olur. (*Câmi'u'l-Fusûleyn*)

Sâlisen: Bir kimse diğer kimesneyi bir havuza veya çaya ilkā edip de o kimesnenin üzerindeki para havuza veya çaya sâkıt olsa, eğer inde'l-ilkā sâkıt olmuş ise zâmin olur. Zîra bu takdîrde ol kimsenin fi'liyle sakıt olmuştur. Amma inde'l-ilkā sâkıt olmayıp belki o kimesne sudan çıkarken sakıt olmuş ise zâmin olmaz. Zîra bu takdîrdeki sükut o kimesnenin kendi fi'liyledir.

Râbi'an: Bir kimse diğer kimesnenin üzerine kelbi işla ve davet etmekle, kelb o kimesnenin elbisesini paralasa, ol kimse bu sırada gerek kelbin arkası sıra gitsin gerek gitmesin zâmin olur. (*Ankaravî*)

Hâmisen: [**Ve kezâ bir kimse diğerin tarla ve bahçesinin suyunu bi-gayri hakkın sed edip de**] mezkûr tarla ve bahçede mevcud bulunan [**mezrû'at ve mağrûsâtı kuruyup telef olsa yahut**] ol kimse kendi tarla ve bahçesine hılaf-ı mu'tâd su salıvermekle [**suyu taşırıp**

da diğerin tarlasını su basarak mezrû'atı telef olsa ol kimse] telef olan mezrû'at ve mağrûsâtın telef olduğu zemandaki kıymetlerini [**zâmin olur**.] Şöyle ki bir kimsenin çeltik tarlalarında mezrû' bulunan çeltik çimen oldukdan sonra diğer kimesne oraya bi-hakkın cereyân eden suyu kat' ve kendi tarlasına icrâ etmekle ol çimenler kurusa, o kimesne ol mezrû'un çimen olduğu haldeki kıymetini zâmin olacağı gibi bundan dolayı kuruyan bağ ve ağaçların kıymetlerinin dahi zamânı lâzım gelir. (*Ankaravî* ve *Mecmu'a-i Cedîde*)

Bedel-i zamân şu vecihle takdîr olunur ki o tarla bir kerre mezrû' yâni telef olan çimenler mezkûr tarlada bulunduğu halde, ve bir kerrede gayr-i mezrû' bulunduğu halde takvîm olunup, iki kıymet beynindeki fadl ve tefâvütü ol kimse zâmin olur.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Sedd edip de: Amma bir kimse zer'ini saky etmek istediği halde birisi onu saky-i mezkûrden men' etse de ekin fesad bulsa zâmin olmaz. (*Bezzâziyye*)

2- Suyu taşırıp da: Taşırmak arzın tahammülünden ziyade ve hılaf-ı mu'tâd su salıvermekle olur. Bu sûretde ber-mu'tâd su salıverip de bir zarar etse zamân lâzım gelmez. Bu sûretde bir kimse kendi tarlasını sularken komşusunun tarlasına su basıp bir zarar etse nazar olunur. Ol kimsenin sulaması eğer arzın tahammülüne göre ve ber-vech-i mu'tâd olduğu takdîrde ol kimse mütesebbib-i gayri müte'addî olacağından zamân lâzım gelmez. (924. maddeye bak.) Bir kimse kendi mülkünde kuyu hafr yahut taş vaz' edip de bundan dolayı bir şey telef olsa zâmin olmayacağı gibi. Ve eğer hılaf-ı mu'tâd ve arzın tahammülünden ziyâde olarak suyu salıvermesinden, yahut kendi tarlası yüksek ve komşusunun tarlası alçak olup da kendi tarlasına müsennât yapmamasından yahut müsennâtın münhedim veya delik mahallini bildiği halde kapamamasından naşi komşusunun tarlasına su tecavüz ederek bir zarar etse -ekini ifsâd etmek gibi- zâmin olur.

Nitekim meselâ bir kimse, mülk bağını saky ederken, suyun mecrasına mu'tâddan ziyade su salıvermekle taşarak alt yanındaki diğer kimesnenin hanesi duvarını alıp hane içindeki buğdayı ıslatıp kıymetine noksan gelse zâmin olur. (*Behce* ve *Dürr-i muhtâr* ve *Redd-i muhtâr* fi'ş-şirb)

Sâdisen: Bir kimse hanesini bi'l-hedm çıkan toprağı kendi arsasında komşusunun duvarı yanında yığmakla, duvarı tazyîk edip vehn getirse zâmin olur. (*Ankaravî* ve *Bezzâziyye*)

Sâbi'an: Bir kimse hanesinde âdeten yakılmayacak sûretde ateş yakıp da bundan dolayı komşusunun hanesi muhterik olsa zamân lâzım gelir. (*Behce*)

Sâminen: Bir kimsenin bargiri diğer kimesnenin tarlasına girip, o kimesne bargir üzerine hücub ve tazyîk etmekle, bargir havlunun üzerinden sıçrarken kazığa saplanarak helak olsa zamân lâzım gelir. *(Behce)*

Tâsi'an: [**Kezâlik bir kimse diğerinin**] izni olmaksızın [**ahırının kapısını açıp da içindeki hayvan firar ile zâyi' olsa, yahut kafesinin kapısını açıp da içindeki kuş uçsa**] ahırın veya kafesin kapısını açmakla beraber hayvana "hiş hiş" ve kuşa "kiş kiş" dese de demese de İmam Muhammed'e göre [**zâmin olur**.] Vâkı'â kapı açan mütesebbib olup, tesebbüb ile telef arasında hayvanın fi'li olan firar ve tayrân tahallül etmiş olmakla mütebsebbibe zamân lâzım gelmemeliydi. Lâkin behîmenin azîmeti olmamakla zamân lâzım geldi. *(Hâniyye)*

Amma Şeyhayn'a göre kapıyı açmakla beraber hayvana "hiş hiş" ve kuşa "kiş kiş" ve hımara "her her" demek gibi hayvanı tenfîr edecek ve kaçıracak bir şey yaparsa zamân lâzım gelirse de böyle bir şey yapmadığı takdîrde zamân lâzım gelmez. *Mecelle*'nin ıtlakına nazaran bunda İmam Muhammed kavli ihtiyar olunduğu anlaşılıyor. *(Ankaravî)*

İki müsebbibin ictimâ'ı halindeki hüküm: Bu mes'elede yalnız fâtihü'l-bâb bulunan bir müsebbib vardır ki ona da zamân lâzım gelir. Lakin iki müsebbib yâni hâll-i kayd ile fâtih-i bâb ictimâ' ettiğinde zamân yine fâtih-i bâb üzerine olur. Şöyle ki meselâ bir kimsenin hayvanı ahırında merbut ve ahır kapısı dahi muğlak iken, bir adam gelip hayvanın kaydını çözdükten sonra diğer birisi dahi gelip kapısını açmakla hayvan çıkıp firar ile zâyi' olsa, zamân fatih-i bâb üzerinedir. *(Hâniyye)* Çünkü fâtih-i bâb, hayvanın firarı için daha kuvvetli bir sebebdir. Zîra hayvanın bağı çözüldükten sonra dahi kapı kapalı olunca hayvan firar edemez. Amma kapı açıldıktan sonra, hayvan bağlı bulunsa bile boşanır, firar edebilir.

Denilirse ki hayvanın bağı muhkem olup da boşanmak ihtimali yok ise firâr edemez.

Deriz ki hüküm ve sebebler cinsde aranır cüz'iyatta değil. *(Şârih)*

Âşiren: Yemliğinde bağlı hayvanın, yahut katara merbut devenin bağını bir kimse çözse de hayvan zâyi' olsa İmam Muhammed'e göre zamân lâzım gelir. *(Ankaravî)*

Hâdî aşara: Bir kimse hayvana iki taraflı olarak yüklü bulunan kırbanın bir tarafını yarıp içindeki mâyi akmakla, kırba yere düşüp diğer tarafta bulunan mâyi dahi akıp zâyi' olsa, ol kimse zâmin olur. Şu kadar ki hayvan sahibi, kırbanın yarık olduğunu bilerek hayvanı sevk etse, yarığa rıza demek olmakla artık ondan sonra diğeri de düşüp de telef olsa zâmin olmaz.

Sâni aşara: 888. maddede zikrolunduğu üzre, bir kimse muallak kandilin ipini kesmekle kandilin yere düşüp de kırılmasına, yahut yağ tulumunu yarıp da yağın akıp telef olmasına sebeb olsa, bi'l-ittifak zamân lâzım gelir. (*Câmi'u'l-fusûley*n)

Sâlisü aşara: Bir kimse diğer kimesneyi kerhen başka beldeye nakletse, o kimesnenin evvelki beldeye avdeti için iktiza eden kirayı nâkil zâmin olur. (*Hâniyye*)

923. MADDE

1. Kā'ide: Mütesebbib müteammid olmaz ise zâmin olmaz. 2. Kā'ide: Mütesebib müteammid olursa zâmin olur.

Âti'z-zikr tefrîâtın hangisi bu iki kā'ideden hangisine müteferri' olduğu rakamla işaret olunacaktır.

(1) Meselâ [**birinin hayvanı bir kimseden ürküp de**] yâni ol kimsenin, hayvanı ürkütmek kasdı olmayarak ürkse, velev ki ol kimse mezkûr hayvana ürkütmek kasdınsız takārrüb etmiş buluna [**firar ile zâyi' olsa zamân lâzım gelmez.**]

(2) [**Amma ol kimse hayvanı kasden ürkütmüş ise**] ve ondan dolayı hayvan firar ile zâyi' olsa [**zâmin olur.**] (*Feyziyye*)

(1) Bir kimse yol üzerindeki bir duvardan atlamakla, tarîkden geçen bir hayvan korkarak arkasındaki yükü atıp telef olsa, ol kimseye zamân lâzım gelmez.

(1) Bir kimsenin hayvanı diğer kimesnenin tarlasına girip de o kimesne onu tarladan ihrâc ettikten sonra kurt yese yahut zâyi' olsa, eğer ekinden ihrâc ettikten sonra sevk etmese zâmin olur.

(2) Amma ekinden ihrac edip de ondan sonra daha sevk etse, gerek bilâ-mûcib sevk etsin, gerek ekine emniyet gelecek mertebe sevk etsin zamân lâzım gelir. (*Ali Efendi*).[8]

(1) [**Kezâ bir sayyad ava tüfek atıp da**] tüfeğin [**sesinden diğerin hayvanı ürkerek firar ederken düşüp telef veyahut ayağı sakat olsa zâmin olmaz.**] (2. maddeye bak.)

(2) [**Amma**] bir kimse diğer kimesnenin [**hayvanı ürkütmek kasdıyla tüfenk atmış ise**] bundan dolayı hayvan ürkerek firar ederken düşüp telef yahut ayağı sakat olsa [**zâmin olur.**] (93. maddeye bak.)

---

8 اطراف جذوع شاخصة على جدار جاره وهى بحال يتحمل مثلها قطها صاحب الجدار فان اعلم صاحب الجذوع بان قال ارفعها والا اقطعها لايضمن لانه رضى بقطعه وان لم يعلمه يضمن, هنديه فى الباب الرابع عشر.

Bu maddede zamân-ı mütesebbib hakkında olduğu cihetle, teammüd şart kılınmış olup, amma mütlif mübâşir olur ise 92. maddede zikrolunduğu üzre gerek amden ve gerek min gayri amdin itlâf eylediği malı zâmin olur. Nitekim 912., 913., 914., 915. ve 917.maddeler dahi buna müteferri'dir. (*Mecmu'a-i Cedîde*)

924. MADDE

[**Tesebbübün ber-vech-i bâlâ**] yâni 912. ve 923. maddeler vechile [**mûcib-i zamân olmasında**] iki şey yâni hem teammüd hem de [**te'addî şarttır. Yâni mütesebbibin**] tesebbübünden dolayı hâdis olan [**bir zararı zâmin olması ol zarara mufzî olan fi'li**] hem amden hem de [**haksız olarak işlemiş olmasıyla meşruttur.**] Yâni amden ve haksız olarak işlemiş ise zâmin olur.

[**Meselâ bir kimse bilâ-izn-i veliyyü'l-emr**] yâni zât-ı hazret-i padişahînin izni olmaksızın [**tarîk-ı âmmda bir kuyu kazıp da oraya diğerinin hayvanı düşerek**] yahut tarîk-ı mezkûrde bir taş vaz' edip de ona sürçerek bir hayvan [**telef olsa zâmin olur.**] Çünkü o kimse tarîk-ı âmmda tasarrufa ve kuyu hafr hakkına mâlik olmadığı cihetle, hafr-ı mezkûrde te'addî bulunduğu gibi teammüd dahi mevcuddur.

[**Amma**] bir kimse [**kendi mülkünde**] yahut kendisinin hakk-ı hafri bulunan yerde [**kazmış olduğu kuyuya diğerin hayvanı düşerek telef olsa zâmin olmaz.**] Çünkü 1192. madde vechile herkes kendi mülkünde keyfe mâ-yeşa muktedir olmakla hafr-ı mezkûr haksız değildir.

Nitekim bir kimse, kendi hanesini hedmederken komşusunun hanesi dahi münhedim olsa, ol kimse üzerine zamân yahut ke'l-evvel bina lâzım gelmez. (*Ali Efendi* ve *Câmi'u'l-fusûleyn*)

Kezâ bir kimse tarlasındaki çalıları yakārken onun şerâresi komşusunun tarlasına te'addî etmekle mezru'atı yaksa, îkād etdiği ateş komşusunun tarlasından şol mertebe ba'îd olsa ki şeraresi âdeten komşusunun tarlasına vasıl olmaya, zaman lazım gelmez. Amma âdeten şerâresi komşusunun tarlasına vasıl olur mertebe karîb olunca zâmin olur. Zîra bir kimse mülkünde ateş îkād edebilir ise de bi-şartı's-selâmedir. (*Behce*)

İmdi bu kadar karîb olup da ateşin tecavüz edeceği malum olunca, ateş yakan zer'u'l-gayrin ihrâkını kasd etmiş olur.[9]

Kezâlik bir kimse, hanesinde ber-mu'tâd ateş yakmasından dolayı kazâra harîk zuhur etmekle komşusunun hanesi muhterik olsa zâmin olmaz. Amma hılaf-ı mu'tâd olarak ateş

---

9 وكذا لو اخرج دابة لغيره من زرع غيره وساقها الى مكان يأمن منها الى زرعه كانه اخرجها عن زرعه واكثر مشايخنا على انه يضمن وعليه الفتوى, هنديه فى الباب الثالث.

yakmasından dolayı zuhur-ı harîka sebeb olsa, komşusunun hanesinin hanesinin mebniyyen kıymetini ve çıkaramadığı eşyanın bedellerini dahi zâmin olur. (*Behce* ve *Hâniyye*)

Ve kezâlik bu kimsenin tarik-ı âmm gibi hakk-ı mürûru olan bir mevzide ateş ile geçmekte iken rüzgâr esmekle, yahut ateş düşmekle birinin malını ihrâk etse zamân lâzım gelmez. Amma hakk-ı mürûru olmayan yerden ateş ile geçtiğinde, eğer rüzgârın esmesinden dolayı ihrak etmiş ise zamân lâzım gelmez ise de elinden şerarenin düşmesinden dolayı ihrak eylemiş ise zamân lâzım gelir. (*Behce* ve *Feyziyye*) Ezhar olan budur. Ve fetva dahi bunun üzerinedir. (*Hâniyye*)

Ve kezâlik bir kaptan, sefinesiyle giderken rüzgâr müştedd olup sarfa kādir olmamakla bir kimesnenin dalyanına yahut yalısına zarar etse zâmin olmaz. (*Ali Efendi*)

Ve kezâlik, bir kimse hanesindeki fırınına o fırının tahammül edemeyeceği derecede odun atıp îkād etmekle hanesi muhterik olduğu gibi komşusunun hanesine dahi sirayetle muhterik olsa, komşusunun hanesini zâmin olur. (*Hâniyye*)

Ve kezâlik, bir kimse tarîk-i âmmda rüzgârlı günde "kor" vaz' etmekle, ondan dolayı bir şey muhterik olsa, Şemsü'l-Eimme'ye göre zamân lâzım gelir. (*Hâniyye*)

925. MADDE

[**Biri bir şeyin telefine sebeb olan bir iş işlemiş olduğu halde araya**] yâni ol sebeb ile telef beyninde [**bir fi'l-i ihtiyarî haylûlet eylese, yâni başka bir kimse ol şeyi mübâşereten itlâf etse, ol fi'l-i ihtiyarî sahibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur**.] Yoksa mütesebbib bulunan kimesne zâmin olmaz. (90. maddeye bak.)

Bu ka'ideye müteferri' mesâil-i adîde:

Evvelen: Bir kimse bi-gayri hakkın tarîk-i âmmda kuyu kazdığı halde diğer kimesne ol kuyuya gayrin hayvanını atıp itlâf etse, zamân o kimesne üzerine lâzım gelir. Yoksa ol kimse üzerine lâzım gelmez.

Sâniyen: Bir kimse kātıü't-tarîk gibi bir zâlimden firâr etmekte iken diğer kimesne onu tevkīf etmekle zâlim yetişip de onu tecrîm etse, zamân zâlim üzerine lâzım gelir.

Sâlisen: Bir zâlim bir kimesnenin malını almak üzre onu taharrî etmekte iken diğer bir kimse onu ol zâlime delâlet etmekle o da malını alsa, zamân âhız olan zâlim üzerine lâzım gelir. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Râbi'an: Bir kimse diğer kimesnenin hanesi kapısını açıp veya duvarını delip de bir şahıs mezkûr delikden yahut kilitli dükkânın kilidini tagallüben kırıp dükkânı açmakla, bir adam girip o hane veya dükkândan mal çalsa, gerek kapı açılmasını müteâkib çalsın gerek ba'de müddetin çalsın, zamân çalan üzerine lâzım gelir; yoksa ol kimse üzerine değil.

Hâmisen: Bir kimse, gece handan çıkıp da han kapısını açık bırakmakla, içine sârik girip mal çalsa, zamân sârik üzerine lâzım gelir. (*Bezzâziyye* ve *Ankaravî*)

Sâdisen: Medyun, dâyininin yed-i zabtında iken bir kimse onu dâyinin zabtından halâs etmekle firar etse, ol kimse üzerine deynin zamânı lâzım gelmez. Amma bi-hükmi'l-cinâyet ol kimse ta'zîr olunur. (*Hâniyye*)

Sâbi'an: Bir kimse, diğer kimesnenin buğday kuyusunu açmakla, şahs-ı âhar ol kuyudan buğday sirkat etse, sârik zâmin olur. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Sâminen: Leb-i deryada vâki' bir kasaba ahalisi, harbîden havflerinden nâşi bi'l-münâvebe karakol beklerler iken birinin nöbetinde harbîler kasaba-i mezkûre ahalisinden bir kimesnenin hanesini basıp malını gāret etseler, o kimesne bunu nöbetçiye tazmîn ettiremez. (*Ali Efendi*)

Tâsi'an: Bir câni, kendi a'vânına birinin hanesini yahut bir şerîk, müşârikinin evini sârika irâe edip bir şey ile emretmediği halde a'van veya sârik onun malını alsa, zamân alan üzerine lâzım gelir. Yoksa câni ile şerîk üzerine değil. Zîra onlardan bir gûne emir ve haml mevcud değildir. (*Hindiyye* fi'l-bâbi't-tâsi')

Âşiran: Bir kimse kendi mülkü olan koyunu zebh etmesini diğer kimesneye emredip de ba'dehü ol kimse mezkûr koyunu bir şahsa satsa da ondan sonra me'mur onu zebh etse, müşteri kıymetini zâbiha tazmîn ettirir; yoksa âmir olan bâyi'a değil. Memur, bey'-i vâkıa gerek vâkıf olsun gerek olmasın. Zîra gayrin mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır. Fakat me'mur zebh için istîcar edilmiş ise, zahir olan o da zâmin olduğu şeyle âmirine mürâca'at eder. (658. maddeye bakınız.) (*Şârih*)

Hâdi aşara: Bir kimse diğer kimesneye "Şu yoldan git, emindir." demesiyle o da gidip de lüsûs onu soysalar, ol kimseye zamân lâzım gelmez. (*Hindiyye* fi'l-bâbi'r-râbi'ı aşara)

Sânî aşara: Bir kimse diğerine "Şu taāmı ekl et, tayyibdir." deyip de o da ekl etmekle mesmûm olduğu zâhir olsa, ol kimseye zamân lâzım gelmez. (*Mine'l-mahalli'l-mezbûr*)

Sâlis-i aşara: Bir kimse diğer kimesnenin dâbbesine izni olmaksızın tahmîl-i eskāl edip de zahrı yaralanmakla, sahibi ol yâreyi şakk ettiğinde bir müddet televvüm olunur. Yara kâmilen mündemil olunca kimesneye zamân lâzım gelmez ise de yaradan dolayı noksan geldiğinde bakılır. Noksan-ı mezkûr şakkdan dolayı ise, yine kimesneye nesne lâzım gelmez. Noksan-ı mezkûr yaradan dolayı ise, ol kimse noksanı zâmin olur.[10]

---

10 فاما اذا كان ارض جاره قريبا من ارضه بان كان الزرعان ملتفين او قريبا من الالتفاف على وجه يعلم ان ناره تصل الى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار, خانيه.

Câmi'u'l-Fusûleyn'in otuz üçüncü faslında "fi't-tesebbübi ve'd-dalâle" ünvanı tahtında bu maddeye müteferri' bu gibi bâzı mesâil zikrolunmuştur.

İstisna: Bi-gayri hakkın si'âyetin "jurnalciliğin" mûcib-i zamân olduğu ber-vech-i âti iftâ edilmiştir. "Zeyd Amr'ı zulmüyle ma'ruf olan ehl-i örfe bi-gayri hakkın gamz edip cerîme namıyla şu kadar akçesini aldırmağa sebeb olsa, Amr meblağ-ı mezburu Zeyd'e tazmîne kādir olur. (*Behce*) Şu halde bu madde hükmünden bi-gayri hakkın siâyet istisnâ edilmek lâzımdır.

Sâ'îye "jurnalciye" müsellis denilir. Zîra sâ'î, evvelen, kendi nefsine fenalık etmiş olur. Çünkü mezmûm ve makdûh bir fi'li irtikâb eylemiştir. Sâniyen, hemcinsine yani aleyhinde si'âyetde bulunduğu şahsa zulmetmiş olur. Sâlisen, jurnal verdiği kimseyi fenalığa ve zulme sevkettiği cihetle, ona da fenalık eylemiş olur. Binâenaleyh, Ka'bü'l-ahbar nâm zat demiştir ki "İnsanların kötüsü müsellistir, jurnalcidir."

Bu sûretde bir kimse, ahz-ı mâl-i gayr ile ma'rûf olan diğer kimesneye "Filan şahsın filan mahalde mevkuf hıntası" yahut "Filan mevzide feres-i ceyyidi vardır." diye ihbar edip de o da onları bi-gayri hakkın ahz etse, muhbir zamân olur. Ve sâ'î fevt olmuş ise terekesinden tazmîn ettirilir. (*Tahtâvî* bi- tağyîrin-mâ)

FASL-I SÂLİS

[**Tarîk-ı âmmda ihdâs olunan şeylere dâirdir**.]

Bu fasıldaki mevâdd dahi tesebbüben itlâf hakkındadır. *(Redd-i muhtâr)*

928. maddesi bu ünvan tahtında dahil olan mesâilden olması zâhir değildir.

Buradaki tarîk-ı âmmdan murad kurâ ve emsarda vâki' olan tarîk-i âmm olup, yoksa mefâze ve sahralarda vâki' olan tarîk-ı âmmda kuyu gibi bir şeh ihdâs olunduğunda, eğer mehaccetü't-tarîkde yâni nâsın va hayvanâtın tamam geçtiği yerde ihdâs etmiş ise ondan dolayı bir şey telef olunca zamân lâzım gelir. Amma tarîk-ı vâsi'in yemîn veya yesârında ihdâs olunur ise, vüs'at-ı meydan sebebiyle ol tarîkden udûl ve sâlim cihetinden mürûr mümkün olacağından, bunda zamân lâzım gelmez. *(Redd-i muhtâr* ve *Tahtâvî)*[11]

926. MADDE

[**Herkesin tarîk-ı âmmda hakk-ı mürûru vardır**.] Yâni tarîk-ı âmmın bulunduğu mahalle veya kasaba ahalisinin ol tarîkda hakk-ı mürûru olduğu gibi diğer mahalle veya kasaba ahalisinin dahi hakk-ı mürûru vardır.

Bu maddede herkesin râcilen hakk-ı mürûru bulunduğu beyân edilmekte olduğu gibi 932. maddede dahi hayvan ile hakk-ı mürûru bulunduğu beyân edilmektedir. [**Fakat**] şu hakk-ı mürûr [**bi-şartı's-selâmedir. Yâni mümkinü't-taharruz**] ve'l-ictinâb [**olan hâlâtda başkasına zarar vermemek şartıyla mukayyeddir**.] Zîra tarîk-ı âmm umûm nâsın mülk-i müştereği ve binâenaleyh mürûr eden dahi ondan hissedar gibi olmakla, mürûr eden min vechin kendi mülkünde tasarruf etmekte, ve min vechin âhar gayrin mülkünde tasarruf etmekte olduğundan, iki tarafın hakkına mürâât ve muvâzene, bu vecihle yâni herkese bi-şartı's-selâme hakk-ı mürûr i'tâsıyla hâsıl olur. Amma mümkinü't-tahürruz olmayan hâlâtda bu gibi şart aranmaz. Çünkü hâlât-ı mezkûrede bu gibi şart aranırsa, tarîk-ı âmmdan mürûrdan men' edilmeğe müeddî olur.

[**Binâenaleyh**] yâni mümkinü't-taharruz olan hâlâtda başkasına zarar vermemek şartıyla mukayyed olmakla [**tarîk-ı âmmda bir hammalın arkasında**] yahut re'sinde[**ki yükü düşüp de birinin malını telef etse**] gerek yük o mal üzerine yuvarlanmakla telef etsin; -yük sırçacının evânî-i züccâciyesine düşerek onları kırması gibi- ve gerek mezkûr yük tarîk-ı âmm üzerine düştükten sonra tarîk-ı mezkûr üzerinde iken ondan dolayı biri kaymakla ona zarar versin [**hammal**] o malı yahut o zararı [**zâmin olur.**] Çünkü yolda arka ve re's ile

---

11 وكذا اذا ماتت وان اختلفا فالقول للذى استعمل الدابة مع يمينه وان حلف برئ عن ضمان الدابة ولا يبرأ عن ضمان النقصان, هنديه فى الباب الرابع عشر.

yük götürmek mübah ise de bi-şartı's-selâmedir. Nişana yahut ava tüfek atmak gibi. (*Redd-i muhtâr* ve *Hâniyye*) Ve çünkü tarîk üzerine mezkûr yükü vaz' eden hammal olmakla onun eser-i fi'li henüz munkatı' olmadı. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Meselâ bir hammalın arkasından tarîk-ı âmm üzerine yük düşüp de mezkûr yük henüz tarîk üzerinde iken bir insan mezkûr yük üzerine kazâen sürçerek elbisesi telef olsa zâmin olur.[12]

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Tarîk-ı âmm: Bu ta'bîr ile arz-ı gayr ile dâr-ı gayrden geçmekten ihtirâz olunuyor.

Arz-ı gayrden geçmek: Bu mes'elede tafsîlat vardır. Şöyle ki mezkûr arz hâit yahut çit gibi bir şey ile ihâta edilmiş yahut ondan geçmekten sahibi men' etmiş ise oraya girmek, oradan geçmek câiz değildir. (96. maddeye bak.) Zîra duvar ile ihata etmek muhât olan mahalden mürûrdan men'a delâlet eder. Amma duvar ile muhât olmadığı gibi sahibi dahi men etmemiş ise, başka yol olmadığı sûretde geçen vahid ise mürûr edebilir. Cemaat ise mürûr edemez.

Nitekim başka yol var ise yine geçmek helal olmaz. Ebu'l-Kasımdan mervîdir ki bir kimse yolunu gaybettiği zeman ekini çiğnememek şartıyla arz-ı mezrû'dan geçebilir. (*Bezzâziyye*)

Dâru'l-gayre girmek: Bir kimse bila-izin diğerin hanesine girmesi memnu'dur. Fakat şu memnû'iyetden mesâil-i âtiye müstesnadır.

1. Mes'ele: Bir kimsenin rubası diğer kimesnenin hanesine sâkıt olup da o kimesneye ahbâr-ı keyfiyyet eylediği halde ahz ve ketminden havf olunduğu takdîrde bu sebebden dolayı o kimesnenin hanesine gireceğini evvelce bâzı sulehâya bildirdikten sonra o kimesnenin hanesine dahil olarak rubasını alabilir.

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin malını kaparak firâren hanesine dahil olduğunda, o kimesne onu bi't-ta'kîb bilâ-izin ol haneye dahil olabilir.

3. Mes'ele: Bir kimsenin, diğer kimesnenin darında muhtac-ı ıslah hakk-ı mecrâsı bulunup da mecrâya dühul ile ıslah mümkün olmadığı takdîrde rabbü'd-dâra denilir ki "Ya mecrâ sahibine dühul-i dara izin ver de ıslah etsin yahut sen ıslah et!"

4. Mes'ele: Yed-i müste'cirde bulunan hanenin muhtac-ı tâmir yerleri muâyene etmek için mal sahibi mezkûr haneye bilâ-izni'l-müste'cir dahil olabileceğine İma-

12 Ebniye kanununda tarîk-ı âmmlara dâir bâzı ahkâm mevcut olup, istizâde-i ma'lûmat için mezkûr kanuna mürâca'at edilmelidir.

meyn ve bilâ-izni'l-müste'cir haneye girilemeyeceğine İmam-ı A'zam kāil olmuştur. (*Redd-i muhtâr*)

2- Yük: Bu tâbir libastan ihtirâz içindir Zîra bir kimsenin lâbis olduğu ridası (kaftanı) veya imamesi düşüp birinin malına bir zarar etse, meselâ bir kimsenin sürahisini kırsa, yahut düşen ol ridaya birinin ayağı ilişip de kaymakla bir zarar terettüb etse zâmin olmaz. (*Hâniyye*) Seyf rida gibidir. Yük ile rida beyninde fark şudur: Yükü hâmil olan kimse, onun muhafazası kayd ve kasdında bulunup binâenaleyh bunun vasf-ı selâmet ile takyîdinde cerh yoktur. Amma elbisenin lâbisi onun sükūtundan muhafazası kayd ve kasdında olmadığından, bunun vasıf selâmet ile takyîdinde cerh ve meşakkat vardır. (*Redd-i muhtâr*)

[**Nitekim demirci, dükkânında demir döğerken**] Yâni demir döğmesinden dolayı [**kıvılcım sıçrayıp da tarîk-ı âmmda mürûr eden bir kimsenin elbisesini ihrak**] yahut birinin dâbbesini itlâf [**eylese demirci zâmin olur.**] Zîra demircinin dökmesinden dolayı sıçraması sebebiyle hâsıl olan hasar, ile bi-gayr-i kasdın yaptığı hasar gibidir. (*Ankaravî* ve *Hindiyye*) Nitekim ol kimseyi katletse veya gözünü çıkarsa diyet lâzım gelir. (*Hâniyye*)

"Döğerken" yâni "döğmesinden dolayı" denildi. Zîra haddâdın döğmesinden kıvılcım sıçramayıp belki kîrinden yâni ocağından yahut kızdırdığı demirden ihtimal-i rîh yâni rüzgârdan dolayı şerâresi tetâyür etmekle ol kimsenin elbisesini ihrâk veya onu katl yahut gözünü imha eylese zamân lâzım gelmez. Zîra mütesebbib ise de müteammid ve müte'addî değildir. (924. maddeye ve şerhine bak.) (*Hâniyye*)

Taş ocaklarında amele, taşları delip barut ve fitil vaz' ve mezkûr fitili iş'âl ile büyük taşları parçalarlar. Bu sırada bâzı parçalar havaya mürtefi' olduktan sonra yere sâkıt olarak bundan dolayı insan ve binanın telef olduğu vaki'dir. *Mecelle*'de mezkûr şu mes'eleye mebnî fitili iş'âl eden kimse üzerine insanın diyeti ve binanın kıymeti lâzım gelir.

Mecelle'de mezkûr olan şu son fıkra 912. maddenin fer'i olduğu mezkûr madde şerhinde îzâh olunmuş idi.

927. MADDE

[**İzn-i veliyyü'l-emr olmadıkça kimesne tarîk-ı âmmda bey' ve şirâ için oturamaz.**] Zîra tarîk, tetarruk ve mürûr için olup, bu vecihle bey' ve şirâ için onda oturmak, tarîk, mâ-vuzı'a lehin gayrisi için isti'mal olmakla câiz olmaz. Hatta bir kimse bey' için tarîk-ı âmmda oturup da bundan dolayı bir şey telef olsa zâmin olur. Zîra ol kimse mütesebbib-i müte'addî olur. Amma tarîk-ı âmmda izn-i veliyyü'l-emr ile oturur ise tevellüd eden zararı zâmin olmaz. (*Câmi'u'l-Fusûleyn*)

Vâkı'â *Tenvîrü'l-Ebsâr* ile şerhi *Dürr-i Muhtâr*'da tarîk-ı âmmda bey' ve şirâ için oturmakta kimesneye zarar yoksa oturabileceği mezkûr ise de, bu mes'ele oturmaktan taraf-ı veliyyü'l-emrden men' edilmediği takdîrdedir. Vakta ki bu madde ile bâ-emr-i veliyyü'l-emr oturmaktan men olunuyor, artık oturmak câiz değildir.[**Ve bilâ-izn-i**] veliyyü'l-emr kimesne tarîk-ı âmmda [**bir şey vaz' ve**] kenîf, yâni helâ ve mîzab, yâni oluk ve cürsun yâni çıkma gibi nesneleri [**ihdâs edemez.**] İhdâs etmeğe teşebbüs etse İmam-ı A'zam ve İmam Muhammed'e göre men olunur, ve ehl-i mürûrdan olan herkesin hakk-ı men'i vardır. Bu maddenin hükmü 1213. madde şerhinde daha ziyade îzâh olunur. Men' edilemeyip de ihdâs etmiş bulunur ise âmmeye muzırr olunca hedm ve ref' ettirilir.

Meselâ mârreye muzırr olacak sûretde alçak şeh-nişîn yahut hanesine girmek için sokağın bir kısmına taş merdiven inşâ ederek tarîkı tazyîk eder ise hedm ettirilir.

Amma âmmeye muzırr değilse -bir sokağın iki tarafında hanesi olup da, birinden diğerine geçmek için yoldan geçmeğe mani' teşkil etmeyecek sûretde yüksek mevkide köprü yapmak gibi- İmam-ı A'zam'a göre yine hedm ettirilir. İmam Muhammed'e göre hedm ettirilemez. *Mecelle* ,1213. maddede İmam Muhammed kavlini ihtiyar eylemiştir.

Binâenaleyh bu maddede dahi âmmeye muzırr olmayan muhdesâtın ref' ettirilmesinin adem-i cevâzına kāil olmak lâzım gelir. Bunun tafsîlatı şudur:

İhtilâfü'l-müctehidîn:

Tarîk-ı âmmda ihdâs olunan kenîf ve mîzab ve cürsun gibi nesneler ihdâsında, ve bey' ve şirâ için oturmakta eimme-i Hanefiyye ihtilâf eylemişlerdir. Şöyle ki İmam-ı A'zam'a göre bu gibi şeylerin ihdâsı iki şartla câizdir. Birincisi: âmmeye muzırr olmamak. İkincisi: İhdâsından men' edilmiş bulunmamaktır.

İmdi ihdâsda mazarrat bulunur ise men' edilmese bile ihdâs câiz olmadığı gibi mazarrat bulunmasa bile men' edildikten sonra ihdâs câiz değildir. Hatta ihdâs ederek haliyle ibkā ve intifa ettiğinde âsim olur. Bu maddede bilâ-izin ihdâsdan men' edildiği cihetle artık ihdâs câiz olmaz. Gerek muzırr olsun gerek olmasın; ve ihdâsa teşebbüs ettiğinde gerek zarar bulunsun gerek bulunmasın herkesin hakk-ı mümâneatı olduğu gibi, bunlar biri tarafından bir takrîb ile ihdâs olunduğu takdîrde gerek zarar bulunsun gerek bulunmasın herkes nakz ve ref' ile mutâlebe etmek hakkına mâliktir. Zîra tarîk-ı âmm gibi umûr-ı âmmeye ait mesâlihde tedbir, veliyy-i emre ait hak olmakla, bu hakkı kim ahzederse herkesin âhızle muhâsama etmek salahıyyeti vardır.

Herkes demek; hür ve bâliğ olan her kim olur ise olsun, gerek Müslim ve gayr-i müslim, ve gerek er ve gerek kadın kişi olsun demektir. Şu kadar ki bu vecihle da'vâda bulunan kimsenin tarîk-ı âmmda bu gibi muhdesâtı olmaması lâzım olduğunu ve muhdesâtı var

ise bu da'vâsı teannüd olacağını, çünkü nâsdan izâle-i zararı murad edeydi kendi nefsinden bed' edeceğini bâzı fukaha beyân eylemişler ise de nehy-i ani'l-münkerde nâhînin o münkerden mütebâid olması kayd ve şartı mevcud olmadığı cihetle, bunun dahi hakk-ı da'vâsı vardır.

İmam Muhammed'e göre muzırr olsun, olmasın herkesin ihdâsda hakk-ı mümâneatı var ise de muzırr olmayınca ba'de'l-ihdâs nakzıyla hakk-ı mutâlebesi yoktur. İmam Ebû Yusuf'a göre muzırr olmayınca kimsenin ne hakk-ı mümâneatı ne de nakzıyla hak-ı mutâlebesi vardır.

Mecelle'nin bu maddesinin zâhiri İmam-ı A'zam mezhebine muvâfık ise de 1213. maddede İmam Muhammed mezhebini ihtiyar eylemiş olmakla burada dahi imam müşârun-ileyhin mezhebi kabul edilmek zarûrîdir. (Tenvîr ve *Dürr-i muhtâr*)

İstisna: Umum belvâdan dolayı bir kimsenin hanesindeki selci tarîk-ı âmme atmağa hakkı vardır. Binâenaleyh bundan dolayı mârreden biri kayıp da ona bir zarar terettüb etse zâmin olmaz. (91. maddeye bak.) (*Hâniyye*)

Mecelle'de "bilâ-izin" denildi. Zîra izn-i veliyyü'l-emr ile olunca artık kimesnenin münâzaaya ve ref'ini da'vâya hak ve selahıyyeti olamaz. Nitekim zemanımızda mer'î ebniye kanunu hükmünce tarîk-ı âmma cürsun ve şehnişîn çıkmak ve belediyeden ruhsat alınmak şartıyla tarîk-ı âmmda lağım ihdâs ve tathîr etmek için kuyu hafr etmek câizdir.

Tarîk-ı âmmda bu gibi tasarrufâta izin verilmek cevâzına gelince: Tarîk-ı âmm dıyk olup, bunların ihdâsı nâssa muzırr olunca izin verilmek lâyık olmamakla beraber bu halde dahi izin vermekte maslahat ve menfa'at bulunur ise izin verilebileceğini bâzı fukaha beyân eylemişlerdir. (*Redd-i muhtâr*)

Maa-zâlik şu muhdesâtın ref' edilmesi muhdis bunları kendi nefsi için ihdâs eylediği takdîrdedir. Amma âmme için ihdâs olunduğu sûretde muzırr değil ise câiz olup ref' edilmez. Meselâ tarîk-ı âmmda âmmenin istizlâli için mürûr ve ubûra mazarrat vermeyecek bir köşede ağaç dikse câizdir.

[Ve eder ise ondan tevellüd eden zararı zâmin olur.]

Tarîk-ı âmmda ihdâs olunan şeylerden hâsıl olan zararlarda iki kā'ide vardır.

Kā'ide-i ûlâ: Her mevzi ki onda vâzı'ın hakk-ı vaz'ı buluna, vaz' ettiği şeyden mütevellîd zarardan mes'ûl olmaz. Zîra cevâz-ı şer'î zamâna münâfîdir. Telef gibi bir zarar, gerek ol şeyin mevzû' bulunduğu mekânda iken vâki' olsun gerek o mekândan zâil oldukdan sonra vâki' olsun.

Kāʻide-i sâniye: Hakk-ı vazʻı yoksa vazʻ ettiği yerde durdukça mes'ûldür. Amma ol yerden diğeri tarafından izâle olunur ise ondan sonraki zarardan mes'ûl olmaz. (*Câmiʻu'l-fusûley*n ve *Hâniyy*e)[13]

Bu iki kāʻideye müteferriʻ mesâil-i adîde:

Kāʻide-i ûlâya müteferriʻ olan mesâili "1" ve kāʻide-i sâniyenin fıkra-i ûlâsına müteferriʻ mesâili "2" ve kāʻide-i sâniyenin fıkra-ı sâniyesine müteferriʻ mesâili "3" rakamlarıyla bi'l-işâre tefrîât-ı âtiyeye mübâderet olunur.

1- [**Binâenaleyh bir kimse**,] bilâ-izn-i veliyyü'l-emr [**tarîk-ı âmm üzerine**] ağaç gars edemeyeceği gibi, [**kereste yahut taş**] veya demir veya toprak [**yığıp da üzerine diğerin hayvanı**] kimesnenin sevki olmaksızın [**basıp sürçerek telef olsa, ol kimse zâmin olur**.] Nitekim iki kimseden her biri cerelerini yâni hazefden mamul olan desti ve bardaklarını tarîk-ı âmma vazʻ edip de biri diğeri üzerine tedahruc ederek ikisi de kırılsa, her biri diğerin ceresini zâmin olur. (*Hâniyy*e) (93. maddeye ve şerhine bak.) Mezkûr kereste veya taş yığını üzerine diğer bir adam sürçerek telef olsa, ol kimse onun diyetini zâmin olur. Nitekim karîben îzâh edilir.

3- Fakat ol kimse yığdığı taş, diğer kimesne tarafından mahall-i mezkûrden diğer mevziye tahvîl edildikten sonra mevzi-i mezkûrde bir zarar etse artık ol kimsenin fiʻli münfesih olmakla, zamân o kimesne üzerine lâzım gelir.

Îzâhu'l-kuyûd:

Birinci kayıt, hayvanı: Bu kayıt ihtirazî olmayıp, insan telef olsa diyet lâzım gelir. Şöyle ki bir kimse tarîk-ı âmma taş ve kereste gibi bir şey vazʻ edip, kazâra bir insan onun üzerine uğrayarak düşüp telef olsa, vazʻ eden kimseye diyet lâzım gelir. (*Miʻyâr-ı adâlet*)

İkinci kayıt, sürçerek: Bu taʻbîr ile üç mes'eleye işaret olunuyor. Şöyle ki:

Evvelen, bir kimse tarîk-ı âmmda bir şey vazʻ edip de ondan bir hayvan ürkerek yâni ol şey hayvana dokunmaksızın ol hayvan firar ile telef olsa, yahut sürçen hayvan telef olmayıp ol hayvan başka bir şeyi itlâf etse zamân lâzım gelmez. (*Câmiʻu'l-fusûley*n ve *Ali Efend*i ve *Hâniyy*e)

Sâniyen, bir kimse bilâ-izn-i veliyyü'l-emr, tarîk-ı âmmda nehr-i kebîr üzerine bir köprü inşâ etmekle bir şahıs kasden ve amden onun üzerine geçişte bir zarar isabet etse zamân lâzım gelmez. Vech-i işaret şudur ki; "sürçerek" taʻbîrinden teammüdî olmadığı müstefâd olur.

13 لانه هو الذى وضع الحمل فى ذلك الموضع اذ لم بتخلل بين وقوع الحمل فى ذلك فعل غيره, خانيه.

Sâlisen, bir kimse bilâ-izn-i veliyyü'l-emr tarîk-ı âmmda bir ağaç vaz' etse de diğer kimesne müteammiden onun üzerinden geçmekle bir zarar lâhık olsa, ol kimseye zamân lâzım gelmez. Zîra o kimesne basîr ve geçecek başka yeri mevcud iken, üzerinden teammüden mürûr etmesiyle ke-en kendisini bizzat itlâf ve kendi nefsine kendisi ta'ammüden zarar ilhâk eylemiş olur. Amma müteammiden geçmeyip de meselâ âmâ olsa, yahut geceleyin geçse, vâzı' zâmin olur. (*Mecma'u'l-enh*ur ve *Dürr-i Müntek*ā ve *Ankarav*î)

2- Bir kimse, hanesi önündeki tarîk-ı âmm üzerine bilâ-izn-i veliyyü'l-emr şehnişîn gibi bir şey ihdâs ettikden sonra, ol kimse mezkûr haneyi birine bey' ve teslim edip ba'dehü bu ihdâs olunan şeyden bir zarar terettüb etse, zamân ol kimse üzerine lâzım gelir. Bey' ve teslim ile ol kimse zamândan halâs olamaz. (*Redd-i muhtâ*r)

2- Bir kimse, rüzgarlı olan bir günde tarîk-ı âmmda ateş döküp de rüzgâr ateşi iş'âl etmekle, etrafa sirayet ederek bir zarar etse zâmin olur. Amma rüzgâr olmayan zemanda döküp de muahharan rüzgar zuhur ile onun tahrikinden naşî etrafa sirayet ederek bir zarar etse zamân lâzım gelmez. (*Behc*e)

2- Bir kimse, kaynar katranlı kazanı izn-i sultanî yok iken tarîk-ı âmma vaz' ettiğinde âmâ olan bir kimse tarîkden mürûr ederken sürçüp kazanın içine düşmekle âmâya bir zarar olsa zâmin olur. (*Ali Efend*i).

1- Bir kimse hâit üzerine bir ağaç vaz' edip de düşerek bir zarar etse, ol kimsenin onda hakk-ı vaz'ı var ise zamân lâzım gelmez. Zîra bu sûretde müte'addî olmaz. (*Hâniyy*e)

2- [**Kezâlik bir kimse tarîk-ı âmma yağ**] yahut kabuk yahut su [**gibi bir kaygın nesne döküp de diğerin hayvanı kayıp**] düşmekle mezkûr hayvan telef veya sakat yahut yükü [**telef olsa ol kimse zâmin olur**.]

Meselâ bir kimse karpuz kabuğunu sokağa atıp zeytin yağı yüklü hayvan üzerinden geçerken ayağı kaymakla zeytin yağı telef olsa zâmin olur. (*Ankarav*î) Zîra me'zun olmadığı bir fi'li ihdâs etmiştir ki böyle bir fi'li ihdâs eden kimse üzerine fi'l-i mezkûrden dolayı hâdis olan zararın zamânı lâzım gelir. (*Câmi'u'l-fusûley*n)

2- Bir kimse tarik-ı âmm canibinde vâki' dükkânı önünü sulaması için bir adama emredip de o da sulasa da birinin hayvanı kayıp telef olsa, istihsânen âmir zâmin olur. Yoksa sulayan zâmin olmuz. (*Redd-i muhtâ*r ve *Ankarav*î)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Bilâ-izin: Bu kaydın sebebi şudur ki veliyyü'l-emr izin verdiğinde artık kimesne tarafından mümânât ve muâraza edilemez.

Binaenaleyh bir kimse emr-i veliyyü'l-emr ile tarîk-ı âmmda kenîf veya cürsun gibi bir şey ihdâs etse yahut taş yığsa yahut kuyu hafr eylese de ondan dolayı birine zarar terettüb etse zamân lâzım gelmez. Çünkü veliyyü'l-emrin velâyet-i âmmesi bulunmakla, onun izniyle ihdâs eden kimse gûyâ kendi mülkünde ihdâs etmiş hükmündedir. Fakat ânifen zikrolunduğu üzre tarîk dıyk olmak gibi bir vecihle bunların ihdâsında nâsa mazarratı bulunur ise veliyyü'l-emr bu gibi şeyleri ihdâsa izin vermemelidir. (*Redd-i muhtâ*r)

2- Tarîk-ı âmm: Bu kaydın sebebi şudur. Tarîk-ı Hâss, eshabının mülkü olmakla onda tarik-ı mezkûr eshabının cümlesinin izinleri olmadıkça gerek muzırr, gerek gayr-i muzırr olsun hiçbir vecihle ecnebinin hakk-ı tasarrufu yoktur. Hatta ecnebi bir kimse tarîk-ı hâsda cümle eshab-ı tarîkın izniyle bir bina ihdâs ettikden sonra hariçden bir adam gelip, ol tarik-ı hâs içinden bir haneyi satın alsa, ol adam ol kimseye mezkûr binayı ref' ettirebilir. (*Redd-i muhtâ*r)

Ve tari-ı hâs eshabının tasarrufuna gelince bunlar cümle-i süknâdan bulunan vecihle tasarruf edecekleri gibi keresteyi dahi vaz' edebilirler. Ve suyu dökmekle dahi muktedir olurlar.

Meselâ tarik-ı hâs eshabından biri, hanesi önüne toprak dökse yahut hayvanı bağlasa yahut kapısı önüne girip çıkarken basmak üzre basamak taşı koysa da bundan bir zarar tevellüd etse zâmin olmaz. Nitekim tarik-ı hâs eshabından biri hanesinin selcini artsa da bundan dolayı biri kayıp da bir zarar terettüb etse zâmin olmaz. Zîra bunda umum belvâ vardır. Nitekim tarîk-ı âmmda dahi hüküm böyle olduğu yukarıda beyân olundu. (*Hâniyy*e). (1220. maddeye bak.)

Kezâlik tarîk-ı hâss eshabı onda oturabilirler. Bundan dolayı bir zarar terettüb etse zâmin olmazlar. (924. maddeye bak.)

3- Hayvanı: İnsan sürçüp de düşüp telef olsa vaz' eden kimse üzerine diyet lâzım geleceği gibi düşmekle elbisesi yırtılsa vaz' eden üzerine zamân lâzım gelir. Fakat insanın düşmesinden hâsıl olan zararın zamânı tarik-ı âmma dökülen veya vaz' edilen şeyin tarîk-ı âmmı istîab eylediği ve geçecek hâlî yer kalmadığı takdîrdedir. Amma vaz' olunan şey, tarîkın her cânibini istîab etmeyip de meselâ tarikın bir tarafına vaz' edilip diğer tarafından geçmek mümkün iken, mürûr edecek olan kimse teammüden vaz' edilen yerden geçse de bir zarar lâhık olsa zamân lâzım gelmez. Nitekim yukarıda beyân edildi. (*Bezzâziyye* ve *Redd-i muhtâ*r.)

İntifâ'-i zamân: Vel-hâsıl zamân iki şeyle müntefi' olur. Birincisi, teammüden mürûr ile, ikincisi vaz' ve ihdâs-ı mezkûrün emr-i veliyyü'l-emr ile olmasıyla (*Dürr-i Müntek*ā)

Fakat taraf-ı veliyyü'l-emrden verilen izin maslahat-ı âmmeye muvâfık bir şart ile meşrut kılınmış ise, muhdisin ol şarta riâyet etmesi lâzım gelir.

Meselâ lağım ayıklamak için tarik-ı âmmda kuyu hafrına taraf-ı veliyyü'l-emrden izin i'tâ olunduğunda, kazılacak kuyunun etrafını tahta perde ile muhafaza etmek ve geceleri orada kandil yakmak gibi bir şey ile meşrût olarak hafrine izin verilmiş olsa, hâfirin ol şarta riayet etmesi lâzımdır. Ve eğer hâfir ol şarta muhalefet eder ise, bilâ-izn-i veliyyü'l-emr hafr etmiş addolunarak telef vukūnda kendüye zamân lâzım gelir. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

928. MADDE

[**Birinin**] mâil-i inhidâm yahut sağlam olan [**duvarı**] tarîk-ı âmma veya hâssa veyahut birinin mülküne doğru [**yıkılıp da diğere bir zarar îras**] yâni meselâ diğerin hayvanını itlâf [**etse, zamân lâzım gelmez.**] Zîra sâhib-i Hâitın bunda bir gûna cinâyeti yoktur. Çünkü mübâşir olmadığı gibi mütesebbib-i müte'addî dahi değildir.

İstisnâ: Şu kadar var ki, bir kimse duvarı vakt-i inşâda sağlam yapmayıp mâil-i inhidâm ve fenn-i mi'mâriye muhâlif olarak inşâ etmekle yıkılıp da diğere bir zarar etse, ibtidâen te'addî bulunmakla, âtîde beyân olunan tekaddüm ve işhâda tevakkuf etmeksizin zamân lâzım gelir.

[**Fakat**] şerâit-i sitte-i âtiyenin vücudu takdîrinde, ol duvar sahibine duvarın ettiği zararın zamânı lâzım gelir.

Birincisi, [**evvelce**] yâni ol duvar yıkılmazdan mukaddem [**ol duvar**] yapılırken sağlam yıpılıp da, muahharen mürûr-ı zamân ile bâzı esbâb-ı hâdiseden dolayı [**mâil-i inhidâm olup da**],ikincisi ve üçüncüsü, [**ona**] yâni ol duvar sahibi olan kimesneye [**diğer kimesne "duvarını hedm et**] mahûfdur yıkılıp bir zarar etmesin" [**diye takaddüm ve tenbih edip de**],

Dördüncüsü, [**duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş**] olduğu halde hedm etmediği cihetle birinin malını bizzat yahut bi'l-vâsıta itlâf etmek gibi bir zararı îras etmiş [**ise**] cânî olacağından [**ol halde**] mezkûr duvar sahibine istihsânen [**zamân lâzım gelir.**] Duvar sahibi ol duvarı ihdâsında müte'addî olmadığı gibi, duvarın meyli dahi kendi fi'li olmadığı cihetle, kıyas olan adem-i zamân iken istihsânen zamân lâzım gelir. *(Câmi'u'l-fusûleyn)*

Îzâhu'l-kuyûd:

1-Duvar: Bu ta'bîr ihtirâzî değildir. Binâenaleyh bir hanenin üst katı birinin ve alt katı diğerinin olup da cümlesine vehn gelerek mail-i inhidâm olduğu cihetle takad-

düm eylediği halde hedm edilmeyip de ulüvv münhedim olarak birinin hayvanını itlâf etse, üst kat sahibi mezkûr hayvanı zâmin olur. Nitekim bir kimsenin mail-i inhidâm olan duvarı kable'l-işhâd münhedim olarak tarîk üzerine yıkılıp, bu enkaz sahibine onu ref' etmesi hakkında takaddüm edilmiş iken ref' etmeyip birinin hayvanı sürçerek telef olsa zâmin olur. *(Hâniyye)*

2- Ona: Duvar sahibine işaret olunuyor ki, hakīkaten sahib ile hükmen sahibden eamdır. Sahibin ikisine de şamil tarifi şudur. Ol duvarda tasarrufa ve onu inhidâm etmeğe muktedir olan kimesne.

Râhin ve mûcir hakīkaten sahibdir. Zîra râhin fekk-i rehn ile hedme muktedir olduğu gibi mucir dahi, icâre bâzı a'zâr ile fesholunacağı cihetle fesh-i icâre ile hedme muktedir olmakla bunlara takaddüm sahîhdir. Nitekim mülk-i müşteride ehad-i şürekâ hakīkaten sahibdir. Binâenaleyh, duvar müşterek olunca gerek irsen müşterek olsun ve gerek cihet-i uhrâdan dolayı müşterek olsun ehad-i şerîkine takaddüm ol şerîkin hissesinde sahîh olur. *(Câmi'u'l-fusûleyn)* Zîra ehad-i şerîkeyn, hâkime müracātla diğer şerîkden duvarın hedmini iddiâ ederek istihsâl-i hükme muktedirdir.

İmdi bu vecihle ehad-i şerîkine olan takaddümden sonra duvar münhedim olarak bir zarar etse, takaddüm olunan şerîk ol duvardaki hissesi miktarınca zararı zâmin olur. Yâni meselâ duvarın nısfına mâlik ise zararın dahi nısfını zâmin olur.

Ve müteveffânın hayatında mâil-i inhidâm olan duvar için vârisine takaddüm eylemek iktiza eder. Velev ki tereke müstağrakun bi'd-deyn olduğu cihetle, vâris için terekeden asla hisse-i irsiyye olmaya. *(Cami-'u ahkâmi's-sığâr)*

Vâkıf ve kayyim ve sağîr veya mecnunun velîsi hükmen sahibdir.

Meselâ diyarımızda müteâref olan, icâreteynli müsakkafât ve müstakıllât-ı mevkūfeden birinin duvarı mâil-i inhidâm olduğunda, ol vakfın mütevellîsine takaddüm olunmak iktiza eder. Yoksa bi'l-icâreteyn müste'cir bulunan kimseye takaddüm faide vermez. Amma ebniyesi mülk ve arsası mukātaalı vakf olur ise o sûretde ebniye sahibine takaddüm olunmak lâzım gelir. Yoksa vakıf arsanın mütevellîsine takaddüm faide vermez. *(Mi'yâr-ı adalet)*

İmdi duvar vakfın ise, vâkıfa veya kayyime yâni vakfın mütevellîsine takaddüm olunduktan sonra duvar münhedim olarak bir zarar etse, zararın zamânı vâkıfın malından lâzım gelir.Yoksa mütevellînin malından lâzım gelmeyeceği gibi vakfın malından dahi lâzım gelmez. Zîra vakfın zimmeti yoktur. *(Redd-i muhtâr)*

Nitekim ol duvar bir sağîr veya mecnunun olunca velîsine, yâni baba ve dede ve vasî gibi. (974. maddeye bak.) Sağîrin malında tasarrufa muktedir olanlardan birine

takaddüm olunmak sahîh olur. Bu takaddümden sonra duvar münhedim olup bir zarar etse, ol zararın zamanı sabînin malından lâzım gelir. Yoksa baba veya dede veya vasînin malından zamân lâzım gelmez. Bunlar ol duvarın nakz ve ıslahında gerek taksîr etmiş olsunlar gerek olmasınlar. (*Ankaravî*)

3- Hedm et: Bu ta'bîrden anlaşıldığı üzre takaddüm ve tenbih ol duvarın ıslahını taleb etmekle hâsıl olup[14] yoksa duvar mâil-i inhidâm olmakla, "Sana layık olan hedmdir." demek gibi meşverete ve nasihate delâlet edecek söz söylemekle takadüm hâsıl olmaz. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

4- Bizzat itlâf: Buna misal, ol duvar komşusunun duvarı üzerine münhedim olmakla onu yıksa komşusu 918. madde vechile muhayyerdir. Dilerse kendi duvarının mebniyyen kıymetini tazmîn ettirerek enkazını ona terk eder. Dilerse, enkazını alıkoymakla beraber noksanını tazmîn ettirir. Yoksa mezkûr duvarın ke'l-evvel inşâsına icbar edilemez. (*Câmi'u'l-fusûleyn ve Ankaravî*)

Nitekim ol hâit sahibine ba'de't-takaddüm, mezkûr hait münhedim olup bir şahıs üzerine düşerek ol şahsı telef ettiği gibi, bir kimse de ol duvarın enkazına sürçerek telef ve bir adam dahi katîl üzerine sürçerek telef olsa, ol şahıs ile ol kimsenin diyetlerini duvar sahibi zâmin olup fakat ol adamın diyetini duvar sahibi zâmin olmaz. Zîra ref'-i nakz sahibine ait ise de, ref'-i katîl ona aid olmayıp velîlerine aitdir. (*Hâniyye*)

5- Bi'l-vasıta itlâf: Buna misal; ol duvar sahîh ve salim olan komşusunun duvarına münhedim olarak mezkûr sâlim duvarı hedm ettiği gibi, mezkûr sâlim duvar birinin malını itlâf etse, evvelki yâni mâil-i inhidâm olan duvar sahibi o malı dahi zâmin olur. (*Behce*)

Nitekim, hâit-i evvelin enkazına biri sürçerek telef olsa, hait-i evvel sahibi bunun diyyetini zâmin olup fakat hait-i sâninin enkazına biri sürçerek telef olsa demi heder olur. Zîra hait-i sâninin enkazı sahibinin mülkü olmakla, hâit-i evvel sahibi onu ref'a muktedir değildir. Fakat hait-i sâni dahi hâit-i evvel sahibinin mülkü ise hâit-i sâninin enkazına sürçmekle telef olan adamın diyetini dahi hâit-i evvel sahibi zâmin olur.

Amma bu vecihle bizzat veya bil-vasıta itlâf etmeyip de meselâ mezkûr mâil-i inhidâm olan duvar, ba'de't-takaddüm münhedim olup, bundan dolayı bir hayvan korkmakla firar ederken bu hayvan birine zarar etse, duvar sahibi şu zararı zâmin olmaz. (*Hâniyye*)

---

14 نحو ان يضع جمرة فى الطريق فهبت بها الريح وازالتها عن مكانها فاحرقت شيأ لايضمن الواضع وكذا لو وضع حجرا فى الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسرت شيأ لايضمن الواضع لان جنايته قد زالت بالماء والريح, خانيه.

Îzâhu'ş-şurûti's-sitte:

Şurût-ı sittenin dördü bâlâda mücmelen ve biri dahi fıkra-i âtiyede zikrolunmuş ise de diğer birisi *Mecelle*'de hiç zikrolunmamakla, bunların tafsîl ve îzâhı lâzım geldi.

Şart-ı evvel: Duvarın mâil-i inhidâm olmasıdır. Binâenaleyh bir duvar mâil-i inhidâm olmazdan evvel ona takaddüm ve işhad edilmek sahîh olmamakla, bundan sonra münhedim olarak bir zarar etse, ibtidâen ve intihâen te'addî olmadığından zamân lâzım gelmez. Nitekim biri mâil-i inhidâm, diğeri de gayr-ı mâil-i inhidâm iki duvardan, mâil-i inhidâm olan duvar için takaddüm olunduğu halde yıkılmayıp da gayr-i mâil-i inhidâm bulunan duvar münhedim olarak bir zarar etse zamân lâzım gelmez.

Kezâlik bir duvarın bâzısı mâil-i inhidâm ve bâzısı gayr-i mâil-i inhidâm olup da buna takaddüm ve işhâd olunduktan sonra münhedim olarak bir zarar etse zamân lâzım gelir ise de, mezkûr duvar tavîl olunca, yalnız mâil-i inhidâm olan cihetinin telef ettiği şeyin zamânı lâzım gelir. Yoksa gayr-i mâil-i inhidâm cihetinin telef ettiği şeyin zamânı lâzım gelmez. Zîra duvar tavîl olup da bâzısının mâil-i inhidâm olması, bâkīsinin inhidâmına sebebiyet vermeyecek derecede olunca biri sahîh diğeri vâhî ve gayr-ı sahîh iki duvar hükmünde olacağından, sahîhde işhad ve takaddüm gayr-ı sahîh olur. (*Hâniyye*)

Şart-ı Sâni: Takaddüm olunmasıdır. Binâenaleyh, takaddüm olunmazdan mukaddem mezkûr duvar münhedim olup da bir zarar etse zamân lâzım gelmez ki, bu hüküm şu maddenin fıkra-ı ûlâsında beyân olunmuş idi.

Takaddüm kimin tarafından edilmesi lâzım geleceği fıkra-ı âtiyede zikrolunuyor. Takaddümün huzur-ı hâkimde olması şart olmayıp huzur-ı hâkimin gayrisinde olan takaddüm dahi mu'teberdir. (*Ali Efendi*) Nitekim takaddümün tamamiyyetinde işhad dahi lâzım değilse de muahharen inkâr-ı takaddüme mahal kalmamak üzre takaddüm lâ ekall iki muteber şâhid huzurunda edilmemelidir. Binâenaleyh bilâ-işhad olan takaddümü duvar sahibi ikrâr ederse zamân lâzım gelirse de inkârı halinde nisab-ı şahadet ile isbât olunmak lâzım gelir.

Takaddüm, kitabü'l-kadı ile'l-kadı ile dahi isbât olunabilir. (*Hâniyye*)

Takaddümden te'cîl ve ibrâ:

Umuma ait olan zararın âcilen def'i hukūk-ı umumiyyedendir.

Binâenaleyh bu makūle umuma ait zarar için takaddüm olundukdan sonra kimesne tarafından te'cîl ve imhal ve ibrâ olunamaz.(58. maddeye bak.) Yâni hakim te'cil ve ibrâ edemediği gibi takaddüm eden dahi te'cîl ve ibrâ edemez. İmdi bu te'cil ve ibrâdan sonra duvar

münhedim olarak bir zarar etse, duvar sahibi mutazarrırın zararını zâmin olacağı gibi zarar-ı mezkûr te'cil ve ibrâ edene lâhık olsa bunu dahi zâmin olur.[15]

Meselâ bir kimsenin duvarı tarîk-ı âmma doğru inhidâma müteveccih olduğunda sahibine takaddüm olunup ba'dehü hakim yahut takaddüm eden şahıs tarafından ol duvarın nakzı için sahibine şart-ı râbi'de beyân olunacak müddetden ziyade mehil verilse sahîh olmayacağı cihetle duvarın nakzı mümkün olabilecek kadar bir müddet mürûr edip lâkin henüz mehl-i mezkûr münkazî olmadan duvar tarîkden mürûr eden bir kimse üzerine yıkılıp da onu yahut malını telef etse, duvar sahibi zâmin olur da ber-vech-i muharrer vukū' bulan imhal ve te'cil şer'an sahîh ve muteber olmamakla, duvar sahibini zamândan kurtarmaz.

Amma şahsa mahsus bir zararın def'inde ol şahsın imhal ve te'cil ve ibrâsı sahîhdir. Meselâ duvar, bir adamın hanesi üzerine inhidâma meyl ettiğinde, ol adam ba'de't-takaddüm duvarın nakzı için sahibine bir hayli müddet mehil verip mehl-i mezkûr henüz münkazî olmaksızın duvar ol hane üzerine münhedim olarak bir zarar etse, duvar sahibine zamân lâzım gelmez.

Nitekim bu mütekaddim, duvar sahibini takaddümden ibrâ etse sahîh olup ba'de'l-ibrâ münhedim olarak bir zarar etse zâmin olmaz. Amma bu takdîrde hakimin te'cil ve ibrâsı sahîh olmayıp hükmü yoktur. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Şart-ı sâlis: Takaddüm edilen kimsenin mezkûr duvarda tasarrufa ve onu hedme iktidarı bulunmasıdır. Zîra mezkûr duvarın hedm ve ıslahına muktedir olmayan kimesneye takaddüm sefeh olup bunun hükmü yoktur. (*Netîce*) Binâenaleyh, mâil-i inhidâm olan duvarın mürtehinine ve müste'cirine ve mesteîrine ve müstevda'ine takaddüm olunmak sahîh değildir. Şöyle ki meselâ bir hanenin duvarı mâil-i inhidâm olup da onda icâreten veya istiâreten sakin olan yahut mezkûr haneye irtihânen veya istîdâan vaz'-ı yed eden kimseye takaddüm edilmesinin hükmü olmamakla, bunlara takaddüm olunduktan sonra duvar münhedim olarak bir zarar etse, ol kimseye de mâlike de zamân lâzım gelmez. Ol kimseye zamân lâzım gelmemesi onun tasarrufa muktedir olmamasından dolayı olduğu gibi, mal sahibine zamân lâzım gelmemesi dahi takaddüm bulunmadığından dolayı bulunmuştur.

Amma meselâ râhine takaddüm edilmek sahîh olur. Zîra râhin deyni eda ve rehni istirdâd ile ıslaha muktedirdir. (*Hâniyye*) Nitekim kāsırına aid olan duvarda velîlerine takaddüm sahîh olduğu yukarıda îzâh olunmuş idi. Zîra bunlar ıslaha muktedirdirler. (*Hâniyye*)

Şart-ı Râbi': Ba'de't-takaddüm hedm edilecek kadar vaktin mürûr etmesidir. Binâenaleyh, bu vecihle takaddüm olunduğu müteâkib duvar sahibi duvarını hedm için amele tedari-

15 صورة الاشهاد اذا كان مائلا الى الطريق ان يقول واحد من الناس ان حائطك هذا مائل الى الطريق او مخوف او متصدع فاهدمه وان كان مائلا الى مال الغير يقوله ذلك صاحب الدار, خانيه فى جناية الحائط المائل.

kine gidip tedârik etmek üzre iken ol duvar münhedim olarak bir zarar etse, zamân lâzım gelmez. Zîra amelenin tedâriki için lâzım gelen müddet şer'an müstesnâdır. (*Redd-i muhtâr*)

Şart-ı Hamis: Takaddüm olunan kimsenin ol duvarda bulunan tasarrufa iktidarının mezkûr duvar münhedim oluncaya kadar mümdedd bulunmasıdır. Binâenaleyh mezkûr duvara takaddüm olundukdan sonra ol duvar takaddüm olunan kimsenin mülkünden çıksa ve ondaki tasarrufu zâil olsa da ba'dehü münhedim olarak bir zarar etse, evvelki mâlikine de ikinci mâlikine de zamân lâzım gelmez.

Meselâ bir kimse bir duvar için takaddüm olunduktan sonra ol kimse mezkûr duvarı birine hibe ve teslim veya bey' etse de sonra münhedim olsa, zamân lâzım gelmez. Velev ki ol duvarı müşteri henüz kabzetmeden evvel münhedim ola. Zîra ol kimse ba'de'l-bey' onu hedme muktedir olamaz. (96. maddeye bak.)

Fakat tarîk-ı âmma işrâ' yahut tarik-ı mezkûrde vaz' olunan şeyler âhara bey' olundukdan sonra dahi bir zarar etse meşrû' ve vâzı' üzerine zamân lâzım gelip bey' ile zamândan halâs olamayacağı madde-i ânife şerhinde beyân olunmuş idi. Tarîk-ı âmmda bunların mücerred ihdâsı cinâyet olup, bu, bey' ile bâtıl ve eser-i fi'lî zâil olmaz. (*Hâniyye* fi'l-fasl-ı cinâyetü'l-hâit)

Takaddüm ba'de'l-butlân avdet etmez: Yâni bu vecihle hibe ve teslim veya bey' ile takaddüm batıl oldukdan sonra takaddüm edilen kimsenin ol duvara olan mülkü avdet etse, takaddüm-i batılın hükmü avdet etmez. (51. maddeye bak.)

Meselâ takaddüm olunan kimse ol duvarı âhara bey' ettikden sonra hıyâr-ı ayb ile redd olunsa -gerek hükm-i hakim ile redd olunsun ve gerek bilâ-hükmi'l-hâkim redd olunsun- ve kezâ müşteri için hıyâr-ı şart bulunup da onunla yahut hıyâr-ı rü'yet ile redd olunsa da sonra münhedim olarak bir zarar etse, takaddüm-i sâbıkdan dolayı zamân lâzım gelmez.

Amma hıyâr-ı şart, bâyi' için olup da müddet-i hıyârda duvar münhedim olarak bir zarar etse zamân lâzım gelir. Çünkü bâyi'in hıyâr-ı şartı ol duvarın ıslahına olan iktidarını izâle etmez. (308. maddeye bak.)

Fakat bâyi' hıyârını iskat ile bey'i lâzım kıldıktan sonra duvar münhedim olup da bir zarar etse zamân lâzım gelmez. (301. maddeye bak.) Zîra duvar mülkünden çıkmıştır.

Kezâ takaddüm olunan kimse ba'de't-takaddüm cünûn-ı mutbık ile mecnûn oldukdan sonra ol duvar münhedim olarak bir zarar etse 957. ve 979. maddeler vechile mecnunun hakk-ı tasarrufu ve hedme iktidarı zâil olduğundan takaddüm-i mezkûr batıl olur. Bundan sonra mecnûn kesb-i ifâkat etmekle ol duvara hakk-ı velayet ve tasarrufu avdet etse takaddüm-i bâtıl avdet etmez. (*Hâniyye* bi-tasarrufin)

Nitekim bir sabînin duvarı mâil-i inhidâm olmakla, velîsine veya vasîsine takaddüm olundukdan sonra sabî bâliğ veya velî veya vasî-i merkūm fevt olup da ba'dehü münhedim olsa, kimesneye zamân lâzım gelmez. Zîra velînin veya vasînin velayeti sabînin bülûğıyla yahut kendilerinin fevtiyle zâil olur. (*Câmi'u ahkâmi's-Sığâr*)

Kezâ mütevellî-i vakfa takaddüm olundukdan sonra mütevellî-i merkumun vefatı veya azli vukū' bulsa takaddümün hükmü kalmaz.

Ba'de'l-butlan yeniden takaddüm: Şüphe yok ki bir takaddüm esbâb-ı mârreden biriyle batıl olduktan sonra tekrar usuli vechile takaddüm olunup da meselâ mes'ele-i ânifede mütevellî-i lâhıka tekrar takaddüm olunsa da ba'dehü münhedim olarak bir zarar etse zamân lâzım gelir. (*Mi'yâr-ı adâlet*)

Şart-ı sâdis: Takaddüm eden kimse hakk-ı takaddüm eshabından olmaktır. Şu şart fıkra-ı âtiye ile îzâh olunuyor.

[**Şu kadar ki**] takaddüm-i vâki'ın mu'teber olmasında [**ol kimse**] yâni takaddüm eden kimse[**hakk-ı takaddüm ve tenbîh eshabından olmak şarttır**.] Ol duvarın îras ettiği zarara göre hakk-ı takaddüm eshabı muhtelif olur. [**Şöyle ki ol duvar**] ya bir kimsenin hanesine veya tarîk-ı âmma veya tarîk-ı hâssa mâil olur. İmdi [**eğer**] bir kimsenin yâni [**komşunun hanesi**]veya dükkânı [**üzerine yıkılmış ise takaddüm eden ol hanenin**] veya dükkânın [**sükkânından olmalıdır**.] "Sükkânından" ta'bîri dahi delâlet eder ki, ol hane veya dükkânda sâkin olan gerek mal sahibi olsun gerek müste'cir veya müste'îr olsun takaddüm edebilir. Çünkü inhidâmından hâdis olan zarar kendisine aid ve râci' olur. (*Câmi'u'l-fusûleyn*) Sükkânı müte'addîd olduğunda cümlesinin takaddümü sahîh olduğu gibi içlerinden birinin takaddümü dahi sahîh olur. Şöyle ki hâit bir cemaat beyninde müşterek haneye mâil olup da o cemaat yahut içlerinden birisi takaddüm ettikden sonra münhedim olarak o cemaatin yahut gayrisinin mallarına zarar verse sahibi zâmin olur. (*Ankaravî*)

[**Hariçden birinin takaddüm ve tenbîhi müfîd olmaz**.] Yâni bu takdîrde hariçden birinin takaddümüyle ol komşunun hakk-ı tazmîni olamaz.

Kezâ müşterek olan duvarda müşteriklerden birinin hamûlesi bulunup diğerinin bulunmasa da duvar hamûle sahibi olmayan şerîkin mülküne doğru mâil-i inhidâm olmakla bu müşârik hamûle sahibine takaddüm ve tenbîh etse sahîh olur. Bundan sonra duvar münhedim olarak takaddüm edene bir zarar etse zararın nısfını hamûle sahibi zâmin olur. (*Câmi'u'l-fusûleyn* ve *Hâniyye* fi'l-hıytân)

[**Ve eğer tarîk-ı hâss üzerine yıkılmış ise takaddüm eden kimse ol tarîkda hakk-ı mürûru olan kesandan olmak lâzımdır.**] bunlardan velev biri tarafından vukū' bulan takaddüm kâfidir.

[**Ve eğer tarîk-ı âmm üzerine yıkılmış ise her kim olur ise olsun**] yani gerek âkıl bâliğ ve gerek sabî-yi me'zûn ve gerek racül ve gerek mer'e ve gerek Müslim ve gerek gayr-i müslim [**takaddüme hakkı vardır**.] (*Redd-i muhtâr* ve *Hâniyye*) Sabînin takaddümü kâfi ise de o sabînin me'zûn olması lâzımdır. Meselâ bir kimsenin duvarı diğer kimesnenin mülküne mâil-i inhidâm ise de tarîk-ı âmma mâil-i inhidâm ve mahûf olmasa da o kimesne takaddüm ettikden sonra tarîka münhedim olarak birine zarar verse ol kimseye zamân lâzım gelmez. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

İctimâ'u'z-zarûreyn: İnhidâmdan zarar-dîde olacak bu aksam-ı selâseden bazan iki zarar ictimâ' edebilir. Şöyle ki meselâ bir duvarın bâzısı tarîk-ı âmma ve bâzısı bir kimsenin hanesine mâil-i inhidâm olabilir. Bu takdîrde ol kimse takaddüm ettikden sonra ol duvarın haneye mâil olan kısmı hane üzerine münhedim olarak bir zarar etse duvar sahibi zâmin olur. Zîra bu hâit, vâhid olduğundan ve tarîka mâil olan kısımda hane sahibi âmmeden biri bulunduğundan, hane sahibinin takaddüm ve tenbîhi sahîhdir. Bu sûretde hane sahibi takaddüm etmeyip de âmmeden biri takaddüm etse tarîka mâil olan kısımda sahîh olur. İmdi bunun takaddümü ba'zısında yâni tarîka mâil olan kısımda sahîh olunca külde dahi sahîh olur. (*Hâniyye* fî cinâyeti'l-hâit)

Tarîka mâil ile mülk-i insana mâil hâit arasındaki farklar:

Hulasa, tarîka mâil ile mülk-i insana mâil hâit arasında iki hükümde fark vardır.

Hükm-i evvel: Mülk-i insana mâil hâit için takaddüm, ancak o mülkün sahibinden olabilir. Başka taraftan takaddümün hükmü yoktur.

Hükm-i sâni: Mülk-i insana mâil hâit için ba'de't-takaddüm, takaddüm eden kimsenin te'cîl ve ibrâsı sahîh olur. Amma tarîk-ı âmma mâil duvar için ba'de't-takaddüm kimesne tarafından te'cil ve ibrâ edilmek sahîh olmaz.

FASL-I RÂBİ'

[**Cinâyet-i hayvan hakkındadır.**]

Yâni bu fasılda hayvanın cinâyeti hakkındaki bâzı mesâil zikredilecektir. Amma hayvana cinâyet hakkındaki mesâil *Mecelle*'de zikrolunmadığından tetmîmen lil-fâide şerhan âhir-i kitabda zikrolunacaktır. Bu faslın mesâili âti'z-zikr üç kā'ide üzerine müessesdir.

Kā'ide-i ûlâ: 924. maddede îzâh olunduğu üzre mütesebbib müte'addî olur ise zâmin olur; ve illa olmaz.

Kā'ide-i sâniye: 912. maddesinde beyân olunduğu üzre mübâşir müte'addî olmasa da zâmin olur.

Kā'ide-i sâlise: 926. maddede îzâh olunduğu vecihle tarîk-ı âmmda herkesin hakk-ı mürûru olup, fakat bi-şartı's-selâmedir.

Mesâil-i âtiyenin şu kavâid-i selâse üzerine keyfiyet-i teferru' ve ibtinâsı mevâdd-ı âtiye şerhi sırasında işaret olunur.

929. MADDE

[**Bir hayvanın**] benî Âdem'in gayri hangi hayvan olur ise olsun [**kendiliğinden olarak**] yâni sahibine nisbet olunmayacak sûretde îkā' eylediği zarar ve cinâyeti hederdir. Binâenaleyh bir hayvanın vech-i mezkûr üzre îkā' [**ettiği zararı**] gerek gece, gerek gündüz îkā' etsin ol hayvanın [**sahibi zâmin olmaz.**] (94. maddeye bak.)

Çünkü hadîs-i âlîde { العجماء جرحها جبار} buyurulmuştur ki "Cübar heder ve bir şey lâzım gelmez." demektir. Diğer rivayetde {العجماء جبار} varid olmuştur. Mânâhü itlâfü'l-behîme bi-eyyi vechin kâne bi-cerhin ev bi-gayrihi cübârun ey hederün lâ şey'e fîh.

Bu hadîs-i âlîden İmam-ı A'zam istidlâl ederek demiştir ki "Behâimin itlâf ettikleri şeyde zamân yoktur. Gerek cerh bulunsun, gerek bulunmasın: gerek leylen olsun, gerek nehâren olsun; gerek birlikte bulunsun gerek bulunmasın. Zîra hadîs-i âlî-i mezkûr âmm olup umumî üzre amel etmek vâcib olur."

Eimme-i selâseye göre hayvan ile birlikte sahibi veya müste'ciri veya müste'îri veya müstevda'ı veya gāsıbı gibi biri bulununca zamân lâzım gelir. (*Aynî Şârihu'l-Buhârî*)

Buna müteferri' mesâil:

Evvelen: Bir kimse bi'l-izin diğer kimesnenin hanesine dahil olduğunda hanede bulunan kelb-i akūr veyahut dâbbe-i mûziye ol kimseyi ısırsa yahut malını itlâf etse, o kimesneye zamân lâzım gelmez. (*Hâniyye*)

Sâniyen: Bir kimsenin devesi merada gezerken ol kimsenin sun'u olmaksızın diğer kimesnenin devesini basıp ihlak eylese ol kimseye zamân lâzım gelmez.

Sâlisen: Bir kimsenin hayvanı onun sun'u olmaksızın diğer kimesnenin ekinini istihlâk etse, zamân lâzım gelmez. (*Ali Efendi* ve *Mecmu'a-i Cedîde*)

Râbian: Bir kimse li-ecli'l-iştirâ diğer kimesnenin atına bakarken eliyle sağrısına vurmakla at tepip ol kimseye bir zarar etse, o kimesne zâmin olmaz. (*Behce*)

Hâmisen: Bir kimse bir mahalle girdiğinde, o mahal ahalisinin kelbleri ol kimseyi ısırıp bir zarar etse onlardan iğrâ ve işlâ bulunmayınca zamân lâzım gelmez. (*Câmi'u'l-Fusûleyn*)

Sâdisen: Bir kimse arı kovanlarını diğer kimesnenin bağı kenarına vaz' ettikden sonra o kimesnenin bargiri kovanların yanına gelmekle arılar kovandan çıkıp bargiri ihlak etseler, ol kimseye zamân lâzım gelmez. (*Ali Efendi*)

Sâbi'an: İki misafirin atları bir handa bağlı iken biri boşanıp diğerinin ayağını kırsa zamân lâzım gelmez. (*Ali Efendi*)

Sâminen: Bir kimse kediyi diğer kimesnenin tavuğuna atıp fakat atmasından dolayı kapmayıp tevakkuf ettikden sonra ba'dehü kendiliğinden olarak mezkûr tavuğu kapsa zâmin olmaz. (*Câmi'u'l-Fusûleyn*)

Tâsi'an: 931. maddenin fıkra-ı ahîresinde zikrolunduğu üzre hayvan boşanıp da kendiliğinden olarak birinin mülküne dühûl ile bir zarar etse zâmin olmaz.

Âşiren: 938. madde vechile bir kimse kendi mülkünde hayvanını bağlamış olduğu halde diğer biri gelip de bilâ-izin oraya hayvanını bağladığı sûretde, sahib-i mülkün hayvanı onu depip telef etse, zamân lâzım gelmez.

Hâdi aşara: 939. madde mûcibince bir mahalde hayvan bağlamağa hakkı olan iki kimesne hayvanlarını bağladıklarında, hayvanların biri diğerini telef etse zamân lâzım gelmez.

Sâni aşara: 940. madde hükmünce, iki kişi kendilerinin hayvan bağlamağa hakkı olmayan bir yerde hayvanlarını bağlayıp da, evvelce bağlayanın hayvanı diğerinin hayvanını telef etse zamân lâzım gelmez.

Sâlisü aşara: Bir kimse tarîk-ı âmmda atının yularını mu'tâd üzre tutarken, diğer kimesne atın ardına gelip ata dokunmakla, sahibinin sun'u olmayarak at o kimesneyi depip telef etse, at sahibine diyet lâzım gelmez. (*Mi'yâr-ı adâlet*)

Râbi'u aşara: Bir kimsenin sun'u olmayarak atı boşanıp firar ederken, diğer kimesne atın ardına yetişip tutmak istediğinde, at o kimesneyi depip telef eylese, atın sahibi ol kimesnenin diyetini zâmin olmaz. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

Hâmisü aşara: Nalband, bir hayvanı nallar iken, hayvan nalbandı depip helak eylese ol hayvanın sahibi nalbandın diyetini zâmin olmaz. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

Sâdisü aşara: Bir kimsenin hayvanı kendine bakan sayisi depip veya çarpıp itlâf eylese, ol hayvanın sahibine diyet lâzım gelmez. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

Sâbi'u aşara: Bir hayvan merâda otlarken, yanına varan kimseyi depmek veyi çarpmak gibi bir sûretle kendiliğinden telef etse, sahibi ol kimsenin diyetini zâmin olmaz. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

Sâminü aşara: At gem almadığından, râkibi başını zabtedemeyip bir insanı telef etse râkibe diyet lâzım gelmez. *(Mi'yâr-ı adâlet)*

Bu maddede "kendiliğinden olarak" denildi. Zîra bir kimse hayvanını diğer kimesnenin ekinine sevk ve idhal etse de ekini ifsâd ettirse zâmin olur. Nitekim bir kimse bir hayvanı salıverip fakat kendisi sevk etmese ve arkasında dahi bulunmasa, lâkin hayvan yemînen ve şimâlen mün'atıf olmadan bir kimsenin ekinine girerek ifsâd etse, eğer başka tarîk yok ise zamân lâzım gelir. (*Hâniyye*) (935. maddeye bakınız.)

Nitekim bir kimse keçilerini sevk ile diğer kimesnenin bağına idhal edip üzümlerini yedirse zâmin olacağı gibi, çoban hayvanı ekine ol derece takrîb etse ki dilerse ekl edebilir, bundan sonra hayvan-ı mezkûr ekini ekl etse zâmin olur. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Bu halde arz bir kerre zer'-i nâbit ile bir kerre de zer'-i nâbitsiz takvîm olunup iki kıymet beynindeki tefavüt ve zer'-i mütlifin hissesi olmakla çoban bunu zâmin olur. (*Ali Efendi*)

[**Fakat**] bu maddenin hükmünden bâzı mesâil müstesnadır. Şöyle ki:

Evvelen: [**Bir hayvan bir kimsenin malını istihlâk ederken ol hayvanın sahibi görüp de men' etmez ise zâmin olur**.] Zîra bu hayvanın fi'li sahibine nisbet olunmakla beraber, fi'li mezkûrün nef'i ona ait olduğuna ve hayvanın men'i mümkün iken men etmediğine mebni illetü'z-zamân kesb-i kuvvet eder. Hayvan sahibi görmeden o malın bir miktarını ba'de'l-istihlâk mal sahibi gördükten sonra dahi bakī miktarı istihlâk eylese, zahir olan yalnız bu bakinin zamânı lâzım gelir. (*Şârih*)

Bu fıkrada yâni *Mecelle*'nin ânifü'l-beyân fıkrasında lüzum-ı zamânda ihtilâf-ı ulema vâki' olup kavl-i sahîh, lüzum-ı zamân olmakla *Mecelle* dahi bu kavli ihtiyar eylemiştir. (*Ankaravî*)

Bu fıkrada ol hayvanın sahibi göremeyip de diğer bir kimse görüp men etmez ise, o kimseye zamân lâzım gelmez. Fark şudur:

Hayvanın eklinin menfa'ati sahibine râci' olmakla, kendisine nisbet olunur. Amma başkasının hayvanının eklinin menfa'ati kendisine râci' olmamakla onun fi'li ona nisbet edilemez. (Haşiye-i *Câmi'u'l-fusûley*n)

Sâniyen: [**Ve bir de sevr-i natûh, yâni süsken öküz ve kelb-i akūr yâni dalayıcı kelb gibi**] benî âdeme [**zararı müteayyen bir hayvanı olup da sahibine mahallesi veya karyesi ahalisinden biri "Hayvanını zabt et!" diye takaddüm etmiş iken**] andan sonra [**sahibi salıverip de bir kimesnenin hayvanını veya diğer malını telef etse, sahibi zâmin olur**.] Amma kable't-takadüm olan zararı zâmin olmaz. (*Behc*e)

Zarardan maksud, şerhan işaret olunduğu üzre benî âdeme olan zarardır. Amma zararı benî âdeme olmayıp belki zararı yalnız mala olan hayvana takaddüm müfîd değildir. Binâenaleyh bu takaddümden sonra ol hayvanın ettiği zararını zâmin olmaz. (*Dürr-i muhtâr* fi'l-cinâyeti'l-behîme ve'l-cinâyeti aleyha)

Hulasa, şol şey ki ondan benî âdemin telefi melhûz buluna, ona takaddüm müfîd olup, ba'de't-takaddüm bundan dolayı beni Âdem telef olsa diyetinin ödenmesi lâzım geleceği gibi, buna tebean emvalin dahi zamânı lâzım gelir. Amma ol şey ki ondan yalnız malın telefi melhuz buluna ona takaddüm müfid ve mûcib-i zamân olmaz. (*Tenkīh*)

Meselâ bir kimsenin, üzüm eklini itiyad eden kelbi bulunmakla, komşular "Kelbi zabt et ki üzümlerimizi yemesin." demişler iken, zabt etmeyip de üzümü yese zamân lâzım gelmez. (*Redd-i muhtâ*r)

930. MADDE

[**Bir kimse gerek râkib olsun**] gerek kāid ve sâik olsun [**gerek olmasın kendi mülkünde iken hayvanı ön**] yahut arka [**ayağı yahut başı veya kuyruğu**] veyahut diğer bir tarafı [**ile çarparak**] yâni basmaksızın [**veyahut arka ayağıyla deperek**] veyahut ısırarak [**âhar kimesneye zarar etse, sahibi zâmin olmaz**.] Zîra o kimse bunda mübâşir olmayıp belki mütesebbib bulunmuştur. Ve şu tesebbübde te'addî bulunmadığından zamân lâzım gelmez. (929. madde kubeylinde beyân olunan kā'ide-i ûlâya bak.)

1- Mülkünde: Mülk lafzı mutlak olarak zikrolunmasından müstebân olur ki, gerek ol kimsenin mülk-i hâssı bulunsun gerek diğer kimesne ile müşterek mülkü bulunsun hüküm birdir. Zîra mülk-i müşterekde hissedârândan her biri seyr ve îkāfü'd-dâbbeye muktedirdir. (*Redd-i muhtâr*)

2- Çarparak: Bu ta'bîr isti'mal edilmesinin sebebi şudur ki ol kimsenin râkib olduğu hayvanı ön veya arka ayağıyla bir şey üzerine basıp, yâni çiğneyip telef etse, ol kimse ol şeyi mübâşereten telef etmiş olacağından, her halde zamân lâzım geleceği 936. maddede zikrolunuyor.

931. MADDE

[**Bir kimse diğerin mülküne hayvanını idhal ettikde**] mezkûr mülk [**sahibinin izniyle idhal etmiş ise, kendi mülkünde bulunmuş gibi addolunarak madde-i ânife**] yâni 930. **maddede** [**beyân olunan sûretlerde hayvanının cinâyetini zâmin olmaz.**] Yâni hayvanın ön ayağı yahut başı veya kuyruğu veya diğer tarafı ile çarparak, yahut arka ayağı ile deperek, yahut ısırarak âhar kimesneye zarar etse zâmin olmaz. Zîra hayvan sahibi bu cinâyetinde mütesebbib ise de, hayvanı mülk sahibinin izniyle idhâl ettiğinden müte'addî değildir. Bu faslın şerhindeki kā'ide-i ûlâya bak. (*Hâniyye*)

Nitekim hayvanın yanında kendisi, yâni ol kimse bulunmadığı sûretde dahi ber-vech-i bâlâ mülk sahibinin izniyle idhâl eylediği takdîrde cinâyât-ı mezkûreyi zâmin olmaz. Amma madde-i ânife şerhinde "amma ol kimse râkib olduğu...... ilh." fıkrasıyla beyân olunan halde bu maddede dahi zâmin olur. (*Redd-i muhtâr*)

[**Ve eğer**] o mülk [**sahibinin izni olmaksızın idhal etmiş ise, gerek râkib olsun ve gerek kāid yâni yedici veya sâik yâni sürücü**] ve gerek vâkıf [**olsun ve gerek**] ba'de'l-idhâl, sahibi çekilip [**hayvanın yanında bulunmasın her halde ol hayvanın ettiği zarar ve ziyanı zâmin olur.**] (*Behce*) Bu takdîrde ol kimse mütesebbib-i müte'addî olur.

Nitekim bir kimse bilâ-izin diğer kimesnenin mülküne hayvanını bağlamakla, hayvan bağlı olan ipin dairesinde cevalân ederek bir zarar etse zâmin olur. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

[**Amma hayvan, boşanıp da kendiliğinden olarak birinin mülküne dühûl ile bir zarar etse**] 929. maddenin fıkra-i ûlâsında beyân olunduğu vechile [**sahibi**] bu zararı [**zâmin olmaz.**] Bu fıkrada "mülküne" ta'bîri ihtirâzî olmayıp tarîk-ı âmmda dahi böyle bir zarar etse yine zamân lâzım gelmez. (*Redd-i muhtâr*)

Meselâ bir kimsenin hayvanı gece veya gündüz boşanıp da kendiliğinden, yâni bi-gayr-i irsâli'l-mâlik birinin zer'ini ifsâd etse zamân lâzım gelmez. (*Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâlis)

932. MADDE

[**Herkesin tarîk-i âmmda hayvan ile dahi mürûra hakkı vardır.**] 926. maddede zikrolunduğu üzre râcilen mürûra hakkı olduğu gibi.

[**Binâenaleyh bir kimse tarîk-ı âmmda hayvanına râkib olup giderken**] kendiliğinden olarak îkā' ettiği [**mümkinü't-taharruz olmayan zarar ve ziyanı zâmin olmaz.**] (91. maddeye bak.)

[**Meselâ**] tarîk-ı âmmda hayvanına râkib olup ber-mu'tâd giderken [**hayvanın**] gerek ön ve gerek arka [**ayağından toz ve çamur**] ve sağîr taş [**sıçrayıp da diğerin elbibesini lekedâr**

eylese] yahut yırtsa [**yahut arka ayağıyla depip veya kuyruğuyla çarpıp da bir zarar etse zamân lâzım gelmez**]. (*Redd-i muhtâr*) Zîra bunlar yürümenin zarurâtından olduğu cihetle yürürken bunlardan ihtirâz mümkün değildir.

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Tarîk-ı âmm: Bunda tarîk-ı âmm denilmesi makama nazarandır. Yoksa misal-i mezkûrde beyân olunan hâlât, tarîk-ı âmmın gayrisinde yâni kendi mülk-i hâssında veya gayrisiyle müşterek mülkünde vukū' bulsa dahi mûcib-i zamân değildir. Zîra râkib bunda mübâşir olmayıp belki mütesebbib-i gayr-i müte'addîdir. (*Redd-i muhtâr*)

2- Giderken: Bu kayıt ihtirâzîdir. Zîra tarîk-ı âmmda hayvanı durdurup da bir zarar etse zamân lâzım geleceği 934. maddede musarrah bulunmuştur.

3- Kendiliğinden olarak: Bu kayıt ihtirâzîdir. Zîra râkib, hayvanı darb veya nefr birle, unf ve şiddet üzre koşturmakla hayvan bu gibi bir zararı îkā' etse zâmin olur. (*Redd-i muhtâr*) Zîra râkib bu halde mütesebbib-i müte'addî olur. Nitekim bir bargirci bargirini tarîk-ı âmmda sevkederken, bargiri kamçı ile ziyade tazyîk etmekle bargirin yükü bir kimesnenin dükkânı önünde olan peşgüne isabet ederek peşgün önünde olan şu kadar kâse kırılsa, bargirci onları zâmin olur. (*Mecmu'a-i Cedîde*)

[**Amma**] mümkinü't-taharruz olan zarar ve ziyanı zâmin olur. Şöyle ki meselâ hayvanın [**müsâdemesinden ya**]hut [**ön**] veyahut arka [**ayağıyla yahut başıyla çarpmasından vukū'a gelen zarar ve ziyanı râkib olan kimse zâmin olur**.] Zîra bunlardan im'ân-ı nazarla ihtirâz mümkündür. (*Mecma'u'l-enhur*)

Lakin bir kimsenin kendi aleyhine ettiği zararı hederdir. Şöyle ki meselâ bir kimse arabasına odun tahmîl edip tarîk-ı âmmdan geçerken diğer bir kimesne atı ile arabanın dingili yanına uğrayıp atı sürdükde, ol kimsenin fi'linden dingilin başında olan çivi atın karnına isabet etmekle, at helak olsa, o kimesneye zamân lâzım gelmez. (*Ali Efendi*)

Îzâhu'l-kuyûd:

1- Müsâdeme: Darb bi'l-cesed manasınadır. Yâni hayvanın cesedi bir şeye çarparak zarar etse zâmin olur.

2- Ön ayağıyla: Ön ayak ihtirâzî olmayıp arka ayağıyla çarpsa yâni meselâ hayvan ayağını yerden kaldırırken yahut ayağını yere koymadan çarparak veyahut ayağıyla bir şey üzerine basarak zarar etse zâmin olur.

3- Başıyla: Yâni hayvanın başıyla bir şey üzerine çarpmasından yahut ısırmasından yahut hayvanın ayağından kebîr taş sıçramasından tevellüd eden zararı zâmin olur.

Hulasa, tarîk-ı âmmda râkib olan kimse hayvanın âti'z-zikr zararlarını zâmin olur. 1- Müsademesinden, 2-Ön ayağıyla çarpmasından, 3-Arka ayağıyla çarpmasından, 4-Başıyla çarpmasından, 5-Isırmasından, 6-Hayvanın ayağından kebîr taş sıçramasından, 7- 936. maddede zikrolunacağı üzre ön yahut arka ayağıyla çiğnemesinden mütevellîd zararları zâmin olur.

933. MADDE

[**Tarîk-ı âmmda kāid ve sâik dahi râkib gibidir. Yâni onlar dahi ancak râkibin zâmin olduğu zararı zâmin olurlar**.] Şöyle ki bir kimse meselâ dükkânı kapısı önüne küpünü vaz' etmiş iken, diğer kimesne çalı yüklü hayvanı geçirmekle, bağteten küpa çarpıp ziyan etse zamân lâzım gelir. (*Câmi'u'l-fusûleyn*)

Mürtedif, yâni terkde râkib olanda dahi hüküm böyledir. (*Redd-i muhtâr*)

Amma kā'ide ile sâik, râkibin zâmin olmadığı zararı zâmin olmazlar. Şöyle ki, meselâ bir kimse tarîk-ı âmmda atını yularından tutup yederken yâni kāid iken, diğer kimesne atın arkasına gelip dokunduğunda, at o kimesneyi ard ayağıyla depip bir zarar etse zâmin olmaz. (*Ali Efendi*)

Hayvandan bir şey düşüp zarar vermek:

Lâkin bir kimse dâbbeyi sâik iken ol dâbbeden serc gibi âlât düşüp bir zarar etse, ol kimse muhkem bağlamadığı cihetle müte'addî olmakla zâmin olur.

Kāidin çiğnemesi ve sâik ile ictimâı:

Bir kimsenin kāid olduğu katardan bir hayvan bir şeyi çiğnese, zamân lâzım gelir. Ve bu kāid ile beraber sâik dahi olduğu takdîrde, sâik ile kāid zamânda müşterek olur. (*Redd-i muhtâr*)

934. MADDE

[**Bir kimesnenin tarîk-ı âmmda**] yahut bâbü'l-mescidde [**hayvanını durdurmağa yahut bağlamağa hakkı yoktur**.] Zîra tarîk-ı âmm mürûr ve ubûr için muadd olup, bunda hayvan durdurulsa, herkesin haiz olduğu hakk-ı mürûru ihlâl ile âmmeye bâis-i mazarrat olur.

[**Binâenaleyh bir kimse tarîk-ı âmmda**] yahut bâbü'l-mescidde [**hayvanını durdursa yahut bağlasa, gerek ön veya arka ayağıyla depsin ve gerek**] 932. maddede zikrolunan ahval gibi [**sâir sûretle zarar etsin ol kimse her halde ol hayvanın cinâyetini zâmin olur**.]

Zîra o kimesne bu gibi hayvan dirmak için i'dâd olunmamış olan yerde hayvanı durdurmasıyla müte'addî olur. Bu faslın şerhinde mezkûr olan kā'ide-i ûlâya bak.

Müstesna:

Şu kadar ki revs veya bevl, izdiham veya zaruret-i uhrâ için tarîk-ı âmmda hayvan durdurulabilir. Zîra hayvan çok defa durmadan bu fi'illeri icrâ etmez. Binâenaleyh, hayvan bu fi'iller için kendiliğinden dursa, yahut râkibi onu durdursa da birine zarar lâhık olsa zamân lâzım gelmez. Nitekim izdiham veya zaruret-i uhrâ için hayvan durdurulsa bakılır. Eğer avdet ve tahallus, yâni geri dönmek yahut aralarından bir yol bulup çıkmak mümkün ise zamân lâzım gelir. Değil ise zamân lâzım gelmez. (*Redd-i muhtâr*)

[**Amma at pazarı ve kira bargirlerinin durduğu mahaller**] veyahut babü'l-mescidde hayvanın îkāfı için tahsis olunan mevzi [**gibi**] bâ emr-i veliyyü'l-emr [**hayvan durmağa i'dâd ve ta'yîn olunmuş olan yerler**] ve haric-i şehirdeki kırlar ve dağlar [**müstesnâdır.**] Yâni buralarda hayvan durdurmak câizdir. Sahibi gerek râkib, gerek kāid veya sâik olsun fark yoktur.

Binâenaleyh bir kimse bu gibi yerlerde hayvanı durdurup da bir zarar etse zâmin olmaz. Zîra bunlarda hayvanın îkāfı emr-i veliyyü'l-em ile câiz olmakla îkāf-ı mezkûr te'addî olmadığından mûcib-i zamân değildir. (*Hâniyye*). (91. maddeye bak.)

Nitekim mefâzelerde yâni kırlarda mehaccetü't-tarîkın yâni tarîk-ı vâsi'in haricinde hayvanı durdursa da bir zarar ise zamân lâzım gelmez. Velev ki îkāfda izn-i veliyy-i emr bulunmaya. (*Hâniyye ve Ali Efendi*) Bu faslın şerhinde mezkûr olan kā'ide-i ûlâya bak.

Amma ber-vech-i bâlâ hayvan durdurmak için i'dâd olunmuş mahallerde hayvanı yürütse, gerek yedsin ve gerek sürsün, bundan dolayı bir zarar ve ziyan hâdis olsa zamân lâzım gelir. Zîra bu takdîrde hayvanı seyr ettiren, mütesebbib-i müte'addî olur.

Hulasa, hayvan durdurmağa hak olmayan yerde durdurmak mûcib-i zamân olduğu gibi hayvan durdurmağa mahsus mahalde hayvanı yürütmek dahi müstelzim-i zamândır.

935. MADDE

[**Bir kimse**] başıboş tarîk-ı âmma salıverilmesi mu'tâd olmayan bir [**hayvanını başıboş tarîk-ı âmma salıverse**] İmam Ebû Yusuf'dan mervîdir ki [**ol hayvanın ettiği zararı**] ol kimse her halde [**zâmin olur.**]ki müftâ-bih bu kavil olduğu cihetle *Mecelle*'nin zâhir-i ibâresinden anlaşıldığı üzre burada bu kavil kabul edilmiştir. Amma diğer bâzı fukahaya göre mes'ele muhtac-ı tafsîldir. Şöyle ki bir kimse hayvanı başıboş salıverip de meselâ birinin ekinine girmekle zarar etse, nazar olunur:

Kendisi mezkûr hayvan arkasında bulunarak gitmekte iken zarar etse, ol kimse bi'l-ittifak bu zararı zâmin olacağı gibi "li-ennehü el-hâmilü lehâ" kendisi hayvan arkasında bulunmayıp da fakat başıboş salıvermesiyle doğrudan doğruya yâni ol hayvan sağ ve sol cihetine meyl ve tevakkuf etmeksizin bir zarar ettiğinde, eğer başka tarîk yok ise zâmin olur "فما دامت فى فورها فسائق حكما" ve eğer başka tarîk var ise zâmin olmaz.

Nitekim bir kimse hayvanı başıboş tarîk-ı âmma salıverip bir müddet hayvan tevakkuf ettikden sonra ba'dehû hayvan kendiliğinden olarak gitse de bir zarar etse zâmin olmaz. لانها انقطع السوق (*Hâniyye* ve *Tenvîr* ve şerhuhu li'l-'Alâî)

Kezâ bir kimse yılan gibi hevâmdan bir mûzîyi tarîk-ı âmma atıp da birine zarar etse, atıldığı yerde zarar eylediği takdîrde, ol kimse zâmin olur.[16] Amma ol yerden hareket ettikden sonra bir zarar etse ol kimse bu zararı zâmin olmaz.

Nitekim bir kimse tarîk-ı âmma bir kor vaz' etmekle bir şey muhterik olduğunda mahall-i mevzide iken onunla bir şey muhterik olsa zâmin olur. Amma rüzgâr, koru diğer mevzia tahrîk ettikden sonra onunla bir şey muhterik olsa zâmin olmaz. (*Hâniyye*)

936. MADDE

[**Bir kimsenin râkib**] veya sâik veya kāid [**olduğu hayvan ön yahut arka ayağıyla kendi mülkünde ve gerek sâir mahalde bir şeyin üzerine basıp da telef etse râkib**] veya sâik veya kāid [**olan kimse ol şeyi mübaşereten itlâf etmiş addolunarak her halde**] yâni gerek 930. madde vechile kendi mülkünde olsun, gerek 931. madde mûcibince sahibinin izniyle girdiği diğerin mülkünde olsun ve gerek 932. ve 933. maddeler vechile tarîk-ı âmmda olsun [**zâmin olur**].

Sâik ile kāidde dahi hükm-i mezkûr cârîdir. Şöyle ki meselâ bir kimse bir hayvanı sâik veya kāid iken, ön yahut arka ayağıyla hayvan bir şey üzerine basıp, yahut ısırıp da onu itlâf etse, ol kimse bu zararı zâmin olur. (*Behce*) Çünkü mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur. Bu telef mübâşereten olduğu cihetle, telef olan insan olup da râkib onun vârisi bulunsa, râkib irsden mahrum olur.

Râkib ile sâik müctemi' olduğunda, yâni bir kimse bir hayvana râkib diğer kimesne de onu sâik olup da ol hayvan bir şeyi çiğnese zamân, bâzı fukahaya göre mübâşir olan râkibe lâzım gelip yoksa mütesebbib olan sâika lâzım gelmez. Diğer bâzı fukahaya göre râkib ile sâik bi'l-iştirâk zâmin olurlar. (*Redd-i muhtâr*)

---

16 اذ تأخيره لم يقع موقعه اذ هذا المعنى يعتبر فى الشركة الخاصة لا العامة, جامع الفصولين.

937. MADDE

[**At gem almayıp da râkibi başını zabt edemeyerek**] tutmağa ve zarardan men'a muktedir olmamakla [**bir zarar etse zamân lâzım gelmez.**] Velev ki râkib sekrân ola. Zîra bu halde yürüten râkib olmadığı yâni bu takdîrde hayvanın seyri râkibe muzâf bulunmadığı cihetle husule gelen zarar hayvanın sahibine nisbet olunamaz.

Fakat bu hususta ihtilâf olunduğunda, yâni râkib, hayvanı zabta muktedir bulunmadığını ve mutazarrır ise râkibin ona iktidarı bulunduğu iddiâ ve ihtilâf ettiklerinde söz hasmın yâni mutazarrır olanın olup, amma beyyine râkibindir. Zîra sebeb-i zamân tahakkuk ettikden sonra esnâ-yı da'vâda asl-ı zamânı inkâr etmek faide vermez. (*Dürr-i muhtâr* ve *Redd-i muhtâr*)

938. MADDE

[**Bir kimse kendi mülkünde hayvanını bağlamış olduğu halde diğer biri gelip de bilâ-izin**] yâni ol kimsenin izni olmaksızın [**oraya hayvanını bağladığı sûretde sahib-i mülkün hayvanı onu depip telef etse**] sahib-i mülk üzerine [**zamân lâzım gelmez**.] Zîra Sahib-i mülk bu telefde mübâşir olduğu gibi hayvanı kendi mülkünde bağlamış olmakla, mütesebbib-i müte'addî dahi değildir. (929. maddeye bak.)

[**Ve eğer ol hayvan**] yani diğerin bilâ-izin getirip bağladığı hayvan [**sahib-i mülkün hayvanını telef etse, sahibi zâmin olur**.] Zîra ol hayvan sahibi mütesebbib-i müte'addîdir. Şu faslın şerhinde zikrolunan kā'ide-i ûlâya bak.

Nitekim bir kimsenin sefinesi şatda meşdûd iken (limanda bağlı iken) diğer kimesne sefinesiyle gelip onu çarpmakla birisi münkesir olduğunda, eğer ol kimesnenin sefinesi münkesir olmuş ise o kimesne zâmin olur. Amma o kimesnenin sefinesi münkesir olmuş ise ol kimse zâmin olmaz. (*Câmi'u'l-fusûleyn* ve *Behce*)

939. MADDE

[**Bir mahalde hayvan bağlamağa hakkı olan iki kimesne hayvanlarını**] ol mahalde [**bağladıklarında**] gerek ikisi de birden bağlasın, gerek biri mukaddem diğeri muahhar bağlasın [**hayvanların biri diğerini telef etse**] bu telef olan hayvanın [**zaman**]ı onu telef eden hayvan sahibi üzerine [**lâzım gelmez.**] Telef olan gerek ol bağlanan olsun ve gerek sonra bağlanan olsun.[17]

---

17 رجل ارسل كلبا فاصاب فى فوره انسانا فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل, هنديه وخانيه.

[**Meselâ bir hanede müşterek olan iki kişi, hayvanlarını bir mahalle**] yâni ol hanenin bir mevzi'ine [**bağlayıp da, birinin hayvanı diğerin hayvanını telef etse**] mütlef olan hayvanın [**zamân**]ı telef eden hayvanın sahibi üzerine [**lâzım gelmez.**] Zîra bunlar mütesebbib iseler de müte'addî değillerdir. (1069. maddeye bak.)

940. MADDE

[**İki kişi kendilerinin hayvan bağlamağa hakkı olmayan**] tarîk-ı âmm veya ecnebi bir kimsenin mülkü gibi bir [**yerde hayvanlarını bağlayıp da, ol bağlayanın hayvanı, diğerin hayvanını telef etse zamân lâzım gelmez.**] Zîra ol bağlayan mütesebbib olmadığı gibi mübâşir dahi değildir. Ve belki sâniyen bağlayan kendi malını kendisi telef etmiş oluğundan heder olur. Nitekim 932. madde şerhinde nazîri zikrolunmuş idi.

[**Ve sonra bağlayanın hayvanı, evvelkinin hayvanını telef etse zamân lâzım gelir.**] Zîra sonra bağlayan mütesebbib-i müte'addîdir. (*Ali Efendi* ve *Redd-i muhtâr*).

HÂTİME

[Hayvana cinâyet hakkındadır.]

1. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin koyun gibi me'kûlü'l-lahm hayvanı zebh yahut yedini kat' ettiğinde mâliki muhayyerdir. Dilerse mezbûh ve maktû'u zâbih ve kātı'a terkle tamâm-ı kıymetini alır. Zîra bu muamelede hayvanın min vechin itlâfı vardır. Çünkü bu halde hayvanın sütü ve tenâsülü fevt olmuştur. Ve dilerse mezbûh ve maktû'u alıkoymakla beraber noksan kıymetini tazmîn ettirir. Zîra hayvan min vechin bâkī ve mevcuddur. Çünkü hayvanın eti yenir. (*Redd-i muhtâr*)

Amma hımar gibi gayr-i me'kûlü'l-lahm bir hayvanı zebh yahut yedini kat' ettiğinde, İmam-ı A'zam'a göre mâlik muhayyerdir. Dilerse mezbûhu zâbiha terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir. Zîra avâmilin yedi ve ricli kat' edilmesiyle istihlâk edilmiş olur. Dilerse mezbûh ve maktû'u alıkoyarak nesne taleb edemez. Fetva bunun üzerinedir. Lakin İmam Muhammed'e göre mâlik muhayyerdir. Dilerse zâbiha terkle küll-i kıymetini tazmîn ettirir. İster ise mezbûh ve maktû'u alıkoyup noksanını tazmîn ettirir. (*Tenvîr* ve *Dürr-i muhtâr* ve *Tahtâvî* ve *Câmi'u'l-fusûleyn* ve *Hâniyye*)

2. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin tavuk ve güvercin ve koyun gibi hayvanının bir gözünü çıkarsa, velev ki kasaba ait koyun gibi lahm için i'dâd olunmuş olsun gözü çıkarmasından ve bu sebeble ârız olan za'fiyetinden nâşi târî olan noksan kıymeti zâmin olur.

Noksan kıymet ber-vech-i âtî ta'yîn olunur. Şöyle ki: Hayvan bir kerre iki gözü sağlam bulunduğu ve bir kerre de bir gözü çıkarılmış olduğu halde takvîm olunup iki kıymet beynindeki tefâvüt ne ise onu zâmin olur.

Amma iki gözünü de çıkardığında sahibi muhayyerdir. Dilerse hayvanı alıkoyup noksan kıymeti tazmîn ettirir. Dilerse hayvanı câniye terk ederek küll-i kıymetini tazmîn ettirir.

3. Mes'ele: Hımar ve ester ve öküz ve deve gibi yük taşımak ve çift sürmek gibi umûrda isti'mal olunan hayvanların bir gözünü çıkarmak rubu' kıymetinin zamânını icab eder. Velev ki bu öküz ve sâire, et için i'dâd olunmuş celeb malı ola.. *(Redd-i muhtâr* ve *Hâniyye* ve *Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni)

Meselâ bir kimse diğer kimesnenin öküzüne değnek ile darb edip bir gözünü çıkarsa, rubu' kıymetini zâmin olur. *(Ali Efendi)*

Amma bir kimse, diğer kimesnenin hımarının ve cahşının, ve kendisiyle iş gördüğü öküzlerinin "والبقرة ان كانت يعمل بها فكذلك" iki gözünü çıkarsa, o kimesne meselâ hımarın cüssesini ol kimseye teslim ile cemî' kıymetini tazmîn ettirir. Yoksa hayvanı alıkoyup da noksan kıymetini tazmîn ettiremez. *(Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni ve *Hâniyye)* Zîra bunların muazzam-ı menâfii fevt olmuş olmakla, külliyen telef olunmuş addolundu.

4. Mes'ele: Bir kimse diğerin sevrine vurarak edlâ'ını kırdığında, İmam-ı A'zam'a göre yalnız noksan kıymetini zâmin olur. *(Hindiyye* fi'l-bâbi's-sâni)

5. Mes'ele: Bir kimse diğer kimesnenin öküzünün veya hımarının dilini kat' etse, bâzı fukahâ yalnız noksan kıymetini ve bâzı fukahâ ise cemî kıymetini zâmin olur demişlerdir. *(Redd-i muhtâr)*

6. Mes'ele: Bir kimse diğer bir kimesnenin hayvanının kulağının tekmilini veya bâzısını yahut kuyruğunu kat' eylese, noksan kıymetini zâmin olur.

Meselâ bir kimsenin zer'ine diğer kimesnenin hımarı girip de ol kimse hımarı tutup kulağını dibinden kat' etse, noksan-ı kıymetini zâmin olur. *(Ali Efendi)* Bundaki noksan kıymet ikinci mes'eledeki noksan kıymet hakkındaki usule kıyasen ta'yîn olunur. Şu kadar ki hımar, rükûb-i kadıya mahsus ise bunun kuyruğunu kat' eden kimse üzerine cemî' kıymetin zamânı lâzım gelir. *(Vâkı'âtü'l-Müftîn)*

Temme

Elhamdülillâhi'l-aliyyi'lkerîm

اذا لم ينقلها عن مكان الى مكان آخر, هنديه فى الباب الرابع عشر من الغصب.

Fihrist

Ayrıntılı Fihrist

ŞERH-İ KİTÂBÜ'L-KEFÂLE
KİTÂB-I SÂLİS

KİTAB-I SÂLİS .... | 905

MUKADDİME Kefâlete Dâir Istılâhât-ı Fıkhiyye .... | 906

612. Madde *Kefâlet bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zamm etmektir* | 908
613. Madde *Kefâlet bi'n-nefs bir adamın şahsına kefîl olmaktır* | 916
614. Madde *Kefâlet bi'l-mâl, bir malın edâsına kefîl olmaktır* | 917
615. Madde *Kefâlet bi't-teslîm, bir malın teslimine kefîl olmaktır* | 918
616. Madde *Kefâlet bi'd-derek mebî' bi'l-istihkāk zabt olunduğu takdirde akçesini edâ ve teslime yahut bâyi'in nefsine kefil olmaktır* | 919
617. Madde *Kefâlet-i Münecceze şarta mu'allak ve zeman-ı müstakbele muzâf olmayan kefâlettir* | 920
618. Madde *Kefil, kendi zimmetini âharın zimmetine zammeden yâni âharın müte'ahhid olduğu şeye kendi dahi müteahhid olan kimsedir ki ol âhara asîl ve mekfûlün-anh denir* | 920
619. Madde *Mekfûlün-leh kefâlet husûsunda tâlib ve dâyin olan kimsedir* | 921
620. Madde *Mekfûlün-bih, kefilin teslîmine veya edâsına müte'ahhid olduğu şeydir ki kefâlet bi'n-nefsde mekfûlün-anh ile mekfûlün-bih bir şeydir* | 921

BÂB-I EVVEL Akid-i Kefâlet .... | 922

❁ **FASL-I EVVEL** Rükn-i kefâlet .... | 922

621. Madde *Yalnız kefilin îcâbiyle kefâlet mün'akid ve nâfiz olur* | 922
622. Madde *Kefilin îcâbı yâni elfâz-ı kefâlet, örf ve âdedde ta'ahhüd ve iltizâma delâlet eden sözlerdir* | 924
623. Madde *Va'd-i mu'allak ile dahi kefâlet sahîh olur* | 927
624. Madde *Bu günden filan vakte kadar kefilim dedikde, muvakkate olarak müneccezen mün'akid olur* | 928
625. Madde *Kefâlet, mutlak olarak mün'akid olduğu gibi, ta'cîl veya te'cîl kaydiyle yâni hemen yahut filan vakitte îfâ olunmak üzre deyü mukayyed olarak dahi mün'akid olur* | 929
626. Madde *Kefile kefil olmak sahîhdir* | 930
627. Madde *Kefilin ta'addüdü câizdir* | 930

❁ **FASL-I SÂNÎ** Şerâit-i kefâlet .... | 932

628. Madde *Kefâletin in'ıkādında kefilin âkıl ve bâliğ olması şarttır. Binâenaleyh mecnûn ve ma'tûh sabînin kefâleti sahîh olmaz* | 932
629. Madde *Mekfûlün-anhın âkıl ve bâliğ olması şart değildir. Binâenaleyh mecnûn ve sabînin borcuna kefâlet sahîh olur* | 934
630. Madde *Mekfûlün-bih nefs ise ma'lûm olması şarttır* | 936

631. Madde *Kefâlet bi'l-mâlda mekfûlün-bih asîl üzerine mazmûn olmak yâni asîl üzerine îfâsı lâzım olmak şarttır* | 941
632. Madde *Ukūbâdda niyâbet cârî olmaz* | 949
633. Madde *Mekfûlün-anhın yesârı şart olmayıp müflise dahi kefâlet sahîh olur* | 950

BÂB-I SÂNÎ Kefâletin Ahkâmı | 952
FASL-I EVVEL Kefâlet-i münecceze ve mu'allaka ve muzâfenin hükmü | 954
634. Madde *Kefâletin hükmü mutâlebedir* | 954
635. Madde *Kefâlet-i müneccezede deyn eğer asîl hakkında mu'accel ise derhal, ve mü'eccel ise müddet-i mu'ayyenesinin tamamında kefil mutâleb olur* | 955
636. Madde *Amma bir şarta mu'allak zemân-ı müstakbele muzâf olarak mün'akid olan kefâlette şart tahakkuk ve zemân hulûl etmedikçe kefil mutâleb olmaz* | 956
LÂHİKA Ba'zı mesâil-i kefâlete | 963
637. Madde *Şartın tahakkukunda, vasıf ve kaydının tahakkuku dahi lâzımdır* | 964
638. Madde *Kefâlet bi'd-derekde mebî'a müstahık çıktıkda bi'l-muhâkeme bâyi'in semeni reddetmesine hükm olunmadıkça kefil muâheze olunmaz* | 966
639. Madde *Kefâlet-i muvakkatede kefil ancak müddet-i kefâlet zarfında mutâleb olur Meselâ bu günden bir aya kadar kefilim dedikde, kefil ancak bu bir ay zarfında mutâleb olup, ol ayın mürûrunda kefâletden berî olur* | 968
640. Madde *Kefâletin in'ıkādından sonra kefil kendisini kefâletden ihrâc edemez* | 969
641. Madde *Mağsûb veya müste'âr olan malın redd ve teslîmine kefil olan kimse, malı sâhibine teslim etdikde, ücret-i nakliyyesiyle gāsıb ve müste'îre rücû' eder. Yâne ücret-i nakliyyesini anlardan alır* | 971
FASL-I SÂNÎ Kefâlet bi'n-nefsin hükmü | 973
642. Madde *Kefâlet bi'n-nefsin hükmü, mekfûlün-bihi ihzardan ibârettir. Şöyle ki kangi vakit mekfûlün-bihin teslimini şart etmiş ise ol vakit mekfûlün-leh taleb ettiği gibi kefilin onu ihzâr etmesi lâzım gelir* | 973
FASL-I SÂLİS Kefâlet-bi'l-mâlın ahkâmı | 975
643. Madde *Kefil zâmindir* | 975
644. Madde *Talib, mutâlebede muhayyerdir* | 976
645. Madde *Kefil bi'l-mâl olan kimsenin, kefâleti hasebiyle zimmetine lâzım gelen meblağa diğer biri kefil olsa, dâyin alacağını kefillerin hangisinden ister ise mutâlebe eder* | 978
646. Madde *Bir cihetten dolayı müştereken medyun olan kimseler yekdiğere kefil olsalar her biri deynin mecmû'iyle mutâleb olur* | 978
647. Madde *Bir deynin müte'addid kefilleri olduğu sûretde eğer başka başka, kefil olmuşlar ise, her biri mecmû'-ı deyn ile mutâleb olur* | 981
648. Madde *Kefâletde asîlin berî olması şart kılınır ise havâleye münkalib olur* | 984
649. Madde *Muhîlin adem-i berâ'eti şartıyla havâle kefâletdir* | 984
650. Madde *Biri nezdinde bir kimsenin emânet malı olduğu halde ol maldan edâ etmek üzre ol kimsenin borcuna kefil olsa, câiz olur ve ol maldan îfâ etmek üzre kefil icbâr olunur* | 986
651. Madde *Bir kimse birini, filan vakitde ihzâr etmek üzre nefsine ve ol vakit ihzâr etmediği takdirde borcunun edâsına kefil oldukda vakt-i mu'ayyende ihzâr etmez ise kefilin ol deyni vermesi lâzım gelir* | 988
652. Madde *Kefâlet-i mutlakada deyn eğer asîl üzerine mu'accel ise, kefil hakkında dahi mu'accel ve asîl üzerine mü'eccel ise kefil hakkında dahi mü'eccel olarak sâbit olur* | 994

653. Madde *Kefâlet-i mukayyedde ta'cîl ve te'cil vasıflarının her hangisiyle kaydolunmuş ise kefil ana göre mutâleb olur* | 994
654. Madde *Bir müddet-i ma'lûme ile mü'eccel olan deyne ol müddet ile mü'eccel olarak kefâlet sahîh olduğu gibi, andan ziyâde müddet ile mü'eccel olarak kefâlet dahi sahîh olur* | 996
655. Madde *Dâyin alacağını asîl hakkında te'cîl eder ise gerek kefil ve gerek kefilü'l-kefil hakkında dahi te'cîl etmiş olur* | 997
656. Madde *Mü'eccelen medyûn olan kimse kable hulûli'l-ecel âhar diyâra gidecek olup da dâyini hâkime mürâca'atla andan kefil istedikde kefil vermeğe mecbur olur* | 998
657. Madde *Bir kimse birine, benim filan kimesneye olan borcuma kefil ol deyip ve o dahi kefil olup da kefâlet hasebiyle borcu edâ ettikden sonra asîle rücû' edecek oldukda kefil olduğu şeyle rücû' eder. Müeddâya i'tibâr olunmaz* | 999
658. Madde *Akd-i mu'âvaza zımnında bir kimse birini aldatmış olsa, zararına zâmin olur* | 1007

BÂB-I SÂLİS Kefâletden berâet | 1013

FASL-I EVVEL Bazı Zavâbit-ı Umumiyye | 1014
659. Madde *Mekfûlün-bih gerek asîl ve gerek kefil tarafından mekfûlün-lehe teslîm ve îfâ olunduğunda kefil kefâletden berî olur* | 1014
660. Madde *Mekfûlün-leh kefili ibrâ ettim, veyahut kefil tarafında hakkım yoktur dese kefil beri olur* | 1017
661. Madde *Kefilin berâetinden asîlin berâeti lâzım gelmez* | 1019
662. Madde *Asilin berâeti kefilin berâetini mûcib olur* | 1020

FASL-I SÂNÎ Kefâlet Bi'n-nefsden Berâet | 1022
663. Madde *Kefil mekfûlün-bihi şehir ve kasaba gibi muhâsama mümkün olan yerde mekfûlün-lehe teslîm etdikde, mekfûlün-leh gerek kabûl etsin ve gerek kabûl etmesin kefil kefâletden berî olur* | 1022
LAHİKA | 1025
664. Madde *Tâlibin talebi üzerine mekfûlün-bihi mücerred teslîm ile kefil, kefâletden berî olur* | 1025
665. Madde *Filan gün teslîm etmek üzre kefil olup da ol günden evvel teslîm ettikde mekfûlün-leh kabûl etmese bile kefil kefâletden berî olur* | 1025
666. Madde *Mekfûlün-bih fevt oldukda, kefil kefâletden berî olduğu gibi, kefilin kefili var ise o dahi beri olur* | 1026

FASL-I SÂLİS Kefâlet bi'l-maldan berâet | 1027
667. Madde *Dâyin fevt olup da medyûn ona munhasıran vâris olsa kefil kefâletden berî olur* | 1027
668. Madde *Kefil yahut asîl borcun bir mikdarı üzerine dâyin ile musâlaha ettiklerinde Eğer ikisinin ya asîlin berâeti şart edilmiş yahut hiçbir şart dermeyan edilmemiş ise ikisi dahi beri olur* | 1028
669. Madde *Kefil mekfûlün-lehi birinin üzerine ihâle edip mekfûlün-leh ve muhâlün-aleyh dahi kabûl etse hem kefil ve hem de mekfûlün-anh berî olur* | 1029
670. Madde *Kefil bi'l-malın vefâtında mal-ı mekfûlün-bih terekesinden mutâlebe olunur* | 1031
671. Madde *Semen-i mebî'a kefil olup da bey' fesh olunsa yahut mebî' bi'l-istihkāk zabt veya ayb ile redd kılınsa kefilkefâletden berî olur* | 1031
672. Madde *Müddet-i ma'lûme tamamına dek bir mal îcâr olunup da tesmiye kılınan bedel-i icâresine bir kimse kefil oldukda müddet-i icârenin inkızâsında ol kefâlet dahi müntehî olup, ba'dehû ol mal üzerine müceddeden akd-i icâre olundukda ol kefâletin buna şümulü olmaz* | 1032

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HAVÂLE

KİTÂB-I RÂBİ'

KİTÂB-I RÂBİ' | 1037

MUKADDİME | 1038

673. Madde *Havâle deyni bir zimmetden diğer zimmete nakl etmekdir* | 1038

674. Madde *Muhîl havâle eden kimse ki medyûndur* | 1042

675. Madde *Muhâlün-leh dâyin olan kimsedir* | 1042

676. Madde *Muhâlün-aleyh, kendi üzerine havâleyi kabûl eden kimsedir* | 1043

677. Madde *Muhâlün-bih havâle olunan maldır* | 1043

678. Madde *Havâle-i mukayyede, muhîlin muhâlün-aleyh zimmetinde veyahut yedinde olan malından vermek üzre diye mukayyed olan havâledir* | 1043

679. Madde *Havâle-i mutlaka muhîlin muhâlün-aleyhde olan malından vermek üzre diye mukayyed olmayan havâledir* | 1044

BÂB-I EVVEL Akd-i Havâle | 1046

FASL-I EVVEL Rükn-i Havâle | 1050

680. Madde *Muhîl kendi dâyinine seni filanın üzerine havâle etdim deyip onlar dahi kabûl ettiklerinde havâle mün'akid olur* | 1051

681. Madde *Yalnız muhâlün-leh ile muhâlün-aleyh beyninde akd-i havâle olunabilir* | 1052

682. Madde *Yalnız muhîl ile muhâlün-leh beyninde icrâ olunan havâle muhâlün-aleyhe lede'l-i'lâm kabûl etdikde sahîh ve tamam olur* | 1054

683. Madde *Yalnız muhîl ile muhâlün-aleyh beyninde icrâ olunan havâle muhâlün-lehin kabūlüne mevkūfen mün'akid olur* | 1055

FASL-I SANİ Şerâit-i Havâle | 1057

684. Madde *İn'ıkād-ı havâlede muhîl ile muhâlün lehin âkıl ve muhâlün-aleyhin âkıl bâliğ olması şarttır* | 1057

685. Madde *Havâlenin nefazında muhîl ile muhâlün-lehin baliğ olması şarttır.* | 1059

686. Madde *Muhâlün-aleyhin muhîle medyûn olması şart olmayıp, muhîlin anda alacağı olmazsa da havâlesi sahîh olur* | 1061

687. Madde *Her deyn ki ona kefâlet sahîh olmaya havâlesi dahi sahîh olmaz* | 1062

688. Madde *Her deyn ki ona kefâlet sahîh ola havâlesi dahi sahîh olur* | 1063

689. Madde *Asâleten zimmeta müterettib olan düyun-ı sahîhanın havâlesi sahîh olduğu gibi, cihet-i kefâlet ve havâleden dolayı zimmete müterettib olan deynin havâlesi dahi sahîh olur* | 1064

BÂB-I SANÎ Ahkâm-ı Havâle | 1065

690. Madde *Havâlenin hükmü budur ki muhîl borcundan ve kefîli var ise kefâletden berî olur* | 1067

691. Madde *Muhîl mutlak olarak havâle etdikde eğer muhâlün-aleyhde alacağı yok ise ba'de'l-edâ muhâlün-aleyh muhîle rücû' eder* | 1075

692. Madde *Havâle-i mukayyede de Muhîlin muhâlün-bihden dolayı hakk-ı mutâlebesi munkatı' olur* | 1076

693. Madde *Bâyi'in müşteri zimmetinde semen-i mebî' olan alacağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede mebî' kable't-teslim helâk olup da semen sâkıt olsa veyahut mebî', hıyâr-ı şart, hıyâr-ı ru'yet ve hıyâr-ı gayb ile reddolunsa veyahut ikāle-i bey' edilse havâle bâtıl olmaz, Ve muhâlün-aleyh ba'de'l-edâ muhîle rücû' eder yâni verdiğini muhîlden alır* | 1079

694. Madde *Muhîlin muhâlün-aleyh yedinde emânet olan meblağından verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede müstahık çıkıp da ol mal zabt olunsa, havâle bâtıl olur* | 1081
695. Madde *Muhîlin muhâlün-aleyh yedindeki meblağdan verilmek üzre diye mukayyed olan havâlede ol meblağ telef olduğu sûretde eğer mazmûn değil ise havâle bâtıl olur* | 1081
696. Madde *Bir kimse kendisinin bir mu'ayyen malını satıp da semeninden edâ etmek üzre dâyinini birinin üzerine havâle ve o dahi ol şartla havâleyi kabûl etse sahîh olur* | 1082
697. Madde *Havâle-i mübhemede yâni muhâlün-bihin ta'cil ve te'cili beyân olunmayan havâlede deyn deyn eğer muhîl üzerine mu'accel ise havâle-i mu'accele olup muhâlün-aleyhin onu hemen te'diyesi lâzım gelir. Ve eğer deyn mü'eccel ise havâle dahi mü'eccel olup vâdesi hulûlünde edâsı lâzım gelir* | 1084
698. Madde *Muhâlün-aleyh deyni edâ etmeden muhîle rücû' edemez.* | 1085
699. Madde *Muhâlün-bihin edâsiyle veya diğer birinin üzerine havâlesiyle veyahut muhâlün-lehin muhâlün-aleyhi ibrâsiyle muhâlün-aleyh deynden berî olduğu gibi muhâlün-leh muhâlün-bihi hibe veyahut tasadduk edip de muhâlün-aleyh dahi kabûl etse kezâlik deynden berî olur* | 1088
700. Madde *Muhâlün-leh fevt olup da muhâlün-aleyh ona vâris olsa, havâlenin hükmü kalmaz* | 1089

ŞERH-İ KİTÂBÜ'R-REHN
KİTÂB-I HÂMİS

KİTÂB-I HÂMİS .... | 1093

MUKADDİME Rehne dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye .... | 1096
701. Madde *Rehin bir malı ondan istîfâsı mümkün olan bir hakk mukābilinde mahbûs ve mevkūf kılmaktır* | 1096
702. Madde *İrtihân, rehin almaktır* | 1108
703. Madde *Râhin, rehin veren kimsedir* | 1108
704. Madde *Mürtehin, rehin alan kimsedir* | 1108
705. Madde *Adl Râhin ve mürtehinin emniyyet edip de rehni tevdî' ve teslim ettikleri kimsedir* | 1108

BÂB-I EVVEL Akd-i rehn .... | 1111
FASL-I EVVEL Rükn-i rehne dâir olan mesâil .... | 1114
706. Madde *Râhin ve mürtehinin îcâb ve kabûlü ile rehin mün'akid olur Fakat kabz bulunmadıkça tamam ve lâzım olamaz* | 1114
LÂHİKA Vefâen mebî'in teslîmi | 1118
707. Madde *Rehnin îcâb ve kabûlü râhin bu şeyi sana deynim mukābilinde rehn etim deyip yahut bu mealde diğer bir söz söyleyip mürtehin dahi kabûl ettim veyahut râzî oldum demek gibi rızâya delâlet eder bir söz söylemektir* | 1121
FASL-I SÂNÎ İn'ıkād-ı rehnin şartları .... | 1124
708. Madde *Râhin ve mürtehinin âkıl olması şarttır* | 1125
709. Madde *Merhûnun satılmağa sâlih bir şey olması şarttır* | 1130
710. Madde *Merhûnun mukābil mal mazmûn olmak şarttır* | 1132
LÂHİKA | 1136
MEBHAS-I EVVEL Rehnin adem-i fesâdının şartları | 1136
MEBHAS-İ SANİ Rehn-i bâtıl ile rehn-i fâsidin ahkâmı | 1140

MEBHAS-İ SALİS Deyn-i mev'ûd ve mechûl mukābilinde rehin | 1141

FASL-I SÂLİS Merhûnun zevâid-i muttasılesi ve akd-i rehnden sonra vâki' olan tebdîl ve ziyâde | 1143

711. Madde *Bey'de bilâ zikir dâhil olan müştemilât-ı rehinde dahi dâhil olduğu gibi bir arsa rehn edildikde üzerindeki bi'l-cümle eşcârîyle meyvesi ve mağrûsât ve mezrû'ât-ı sâiresi sarâhaten zikir olunmasa bile dâhil olur* | 1143

712. Madde *Rehnin rehn-i âhara tebdîli câizdir* | 1144

713. Madde *Ba'de'l-akd râhinin merhûnu tezyîdi câizdir* | 1146

714. Madde *Bir deyn mukābilinde bir mal rehnedildikde, yine ol rehne mukābil olmak üzre deynin tezyîd-i sahîh olur* | 1148

715. Madde *Merhûndan mütevvelîd ziyâde asl-ı merhûn ile beraber merhûn olur* | 1151

BÂB-I SÂNÎ Râhin ve mürtehine müte'allik bazı mesâ'il | 1154

716. Madde *Mürtehin hod-be-hod akd-i rehni fesh edebilir* | 1155

717. Madde *Mürtehinin rızâsı olmadıkça râhin akd-i rehni fesh edemez* | 1157

718. Madde *Râhin ve mürtehin bi'l-ittîfâk akd-i rehni fesh edebilirler* | 1158

719. Madde *Mekfûlün-anhin kefile rehin vermesi câizdir* | 1159

720. Madde *Bir medyûnun iki dâyini gerek birbiriyle şerîk olsun, gerek olmasın kendisinden bir rehin alsalar câiz olur* | 1161

721. Madde *Biri iki kimsede olan alacağı için bir rehin alsa câiz olur. Bu dahi iki alacağın mecmûuna merhûn olur* | 1162

BÂB-I SÂLİS Merhûna müte'allik mesâil | 1164

FASL-I EVVEL Merhûnun me'ûnet ve masârifi | 1164

722. Madde *Rehni, mürtehin bizzat hıfzeder; yahut iyali veya şerîki ve yahut hizmetçisi gibi emîni olan kimseye hıfz ettirir* | 1164

723. Madde *Yer kirası ve bekçi ücreti gibi rehnin muhâfazası için olan masraf mürtehine aiddir* | 1167

724. Madde *Rehnin, hayvan ise alefi ve çobanın ücreti ve akār ise tâmiri ve sakyi ve telkîhi ve otlarının ayıklanması ve harkının tathîri gibi bekâsı ve islâh-ı menafi'i için olan masraf râhine aiddir* | 1168

725. Madde *Râhin ve mürtehinden birisi diğerine âit olan masrafı hod-be-hod îfâ etse teberru'dur* | 1169

FASL-I SÂNÎ Rehn-i müste'âr | 1173

726. Madde *Bir kimse diğerin malını isti'âre edip de onun izniyle rehn etmek câiz olur* | 1173

727. Madde *Mal sâhibinin izni mutlak, ise, müste'îr onu her vechile rehnedebilir* | 1174

728. Madde *Mal sâhibi şu kadar kuruş ve veya şu cins mal mukābilinde yahut filan adama ve yahut filan beldede rehnedilmek üzre diye mukayyeden izin verdikde, müste'îr dahi ancak onun kayd ü şartına muvâfık olarak rehnedebilir* | 1175

LÂHİKA Rehn-i mağsûbe | 1178

BÂB-I RÂBİ' Rehinin ahkamı | 1179

FASL-I EVVEL Rehnin ahkâm-ı umûmiyyesi | 1181

729. Madde *Rehnin hükmü fekkine kadar mürtehinin hakk-ı habsi olmak ve râhin fevt oldukda sâir guramâdan ehakk olarak rehinden istîfâ-yı deyn edebilmekdir* | 1181

730. Madde *Rehin, borcun mutâlebesine mâni' olmayıp rehni kabz ettikden sonra dahi mürtehinin râhinden alacağını mutâlebeye salâhiyyeti bâkīdir* | 1183

731. Madde *Deynin bir miktarı îfâ ona mukābil rehnin bir miktarını redd etmek lâzım gelmeyip bakıyye-i deyni tamamen istîfâ edinceye dek, mürtehinin mecmu-ı rehni habs ve imsâke salâhiyyeti vardır* | 1186
732. Madde *Rehn-i müste'ârı tahlis ile kendüye teslîm etmek üzre sahibinin râhin-i müste'îri muâhezeye salâhiyeti vardır* | 1188
733. Madde *Râhin ve mürtehinin vefâtiyle rehin bâtıl olmaz* | 1192
734. Madde *Râhin fevt oldukda veresesi kibâr ise onun makamına kāim olup terekeden te'diye-i deyn ile rehni tahlîs etmeleri lâzım olur* | 1192
735. Madde *Râhin-i müste'îr gerek ber-hayât bulunsun, gerek fekk-i rehinden mukaddem fevt olsun rehn-i müste'ârın mukābili olan borç edâ olunmadıkça, mu'îr olan kimse malını mürtehinden alamaz* | 1193
736. Madde *Râhin-i müste'îr olan kimse müflis-i medyûn olduğu halde fevt olsa rehn-i müste'âr alâ halihi merhûn kalır* | 1194
737. Madde *Mu'îr, eğer deyni terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa râhine bi'n-nefs deynini te'diye ile rehn-i müste'ârı tahlîs ve reddetmek üzre olunur* | 1195
738. Madde *Mürtehin fevt oldukda rehin onun veresesi indinde merhûn olarak kalır* | 1196
739. Madde *İki kimseye olan deyni için bir rehin vermiş olan râhin, birine olan deynini edâ etse, Rehnin nısfını istirdâd edemeyip ikisinin dahi alacağını tamamen îfâ etmedikçe rehni tahlîsa salâhiyyeti yoktur* | 1196
740. Madde *İki medyûnundan bir rehin almış olan kimse ikisinde olan alacağını tamamen istîfâ edinceye dek, rehni imsâk edebilir* | 1197
741. Madde *Rehni râhin itlâf yahut ta'yîb etdikde zâmin olması lazım geldiği gibi mürtehin itlâf yahut ta'yîb etdikde dahi kıymeti mikdârı, deynden sâkıt olur* | 1197
LÂHİKA Rehnin mürtehin veya adl yedinde telefiyle sukūti deyne dâir mesâil | 1200
742. Madde *Âhar bir kimse rehni itlâf etse yevm-i itlâfındaki kıymetini verir* | 1211
FASL-I SÂNÎ Râhin ve mürtehinin rehinde tasarrufları | 1213
743. Madde *Râhin ve mürtehinden birinin izni olmaksızın diğerinin başka bir kimseye rehin etmesi bâtıldır* | 1215
744. Madde *Mürtehinin izniyle râhin rehni, diğere rehin etse rehn-i evvel bâtıl ve rehn-i sânî sahîh olur* | 1216
745. Madde *Râhinin izniyle mürtehin rehni rehn etse rehn-i evvel bâtıl olur* | 1217
746. Madde *Râhinin rızası olmaksızın mürtehin rehni satdıkda râhin muhayyer olup dilerse bey'i fesh eyler* | 1217
747. Madde *Mürtehinin rızası olmaksızın râhin, rehni sattıkda bey'i nafiz olmaz.* | 1218
748. Madde *Râhin ve mürtehinden biri diğerinin izniyle rehni âhar bir kimseye i'âre edebilir* | 1224
749. Madde *Mürtehin, rehni râhine i'âre edebilir* | 1225
LÂHİKA Merhûnun şahs-ı âhara veya râhine îcârı | 1227
750. Madde *Râhinin izni olmadıkça mürtehin rehinden intifâ' edemez* | 1228
751. Madde *Mürtehin bir mahalle gider oldukda yol emîn ise, rehni beraber götürebilir* | 1232
FASL-I SÂLİS Yed-i adilde olan rehnin ahkâmı | 1233
752. Madde *Yed-i adil, yed-i mürtehin gibidir* | 1233
LÂHİKA Mebî'in yed-i adle tevdî'i | 1234
753. Madde *Hîn-i akidde rehni mürtehin kabz etmek üzre şart edildikten sonra râhin ve mürtehin bi'l-ittîfâk yed-i adle vaz' etseler câiz olur* | 1234
754. Madde *Deyn bâkī iken adl olan kimse râhin ve mürtehinden birinin rızâsı olmadıkça rehni diğerine veremez* | 1235
755. Madde *Adl fevt olsa Terâzî-i tarafeyn ile rehin bir başka adle tevdî' olunur* | 1237

FASL-I RÂBİ‘ Bey‘-i rehn | 1238
756. Madde *Râhin ve mürtehinden birisi diğerinin rızâsı olmadıkça rehni satamaz* | 1238
757. Madde *Deynin vakt-i edâsı hulûl edip de râhin edâsından imtinâ‘ ettikde rehni bey‘ ile edâ-yı deyn etmek üzre hâkim tarafından râhine emrolunur* | 1238
758. Madde *Râhin gāib olup da hayat ve memâtı ma‘lûm olmasa, mürtehin rehni bey‘ ile alacağını istîfâ etmek üzre hâkime mürâca‘at eder* | 1240
759. Madde *Rehnin fesâdından havf olunur ise mürtehin onu izn-i hâkimle satabilir* | 1240
760. Madde *Deynin vakt-i edâsı hulûl etdikde rehni satmak üzre râhin mürtehini, veya adli yahut başka birini tevkîl etse sahîh olur* | 1242
761. Madde *Rehni bey‘a vekîl olan kimse deynin vakt-i edâsı hulûl ettikde rehni bey‘ ile semeni mürtehine teslîm eder* | 1250
LÂHİKA Merhûna müte‘allik ihtilâfâta dâir | 1253
MEBHAS-İ EVVEL Râhin ve mürtehinin asıl rehinde veya tâyin veya redd-i rehinde veya merhûnün-bihin miktarında ihtilâfları | 1253
MEBHAS-İ SÂNİ Erhûnun bey‘inde ve semeninde ihtilâf | 1254
MEBHAS-İ SÂLİS Râhin ile mürtehinin merhûnun-bihin mikdârında vâki‘ olan ihtilâfları | 1255
MEBHAS-İ RÂBİ‘ İki şahsın bir rehinde nizâ‘ları | 1256
HÂTİME Bir malda rehniyyet ile istîdâ‘ veya beyi‘ yahut hibe veya sadaka ve teslîm dâvâsı | 1257

ŞERH-İ KİTABÜ’L-EMÂNÂT
KİTAB-I SÂDİS

KİTAB-I SÂDİS | 1261

MUKADDİME Emânâta müte‘allik ıstılâhât-ı fıkhiyye | 1262
762. Madde *Emânet emîn ittihaz olunan kimse nezdinde bulunan şeydir* | 1263
763. Madde *Vedî‘a hıfz için bir kimseye îdâ‘ olunan maldır* | 1265
764. Madde *Îdâ‘ kendi malının muhâfazasını diğere ihâle etmektir ki, ihâle eden kimseye “dal”in kesriyle mûdi‘ ve kabul eden kimseye vedî‘ ve “dal”in fethiyle müstevda‘ denilir* | 1266
765. Madde *Âriyet meccânen yâni bilâ-bedel menfa‘ati temlîk olunan maldır ki mu‘âr ve müste‘âr dahi denilir* | 1267
766. Madde *İ‘âre, âriyet vermektir ki veren kimseye mu‘îr denilir* | 1271
767. Madde *İsti‘âre, âriyet almaktır ki alan kimseye müste‘îr denilir* | 1271

BAB-I EVVEL Emânâta dâir bâzı ahkâm-ı umumiyye | 1272
768. Madde *Emânet mazmûn değildir* | 1272
769. Madde *Bir kimse yolda yahut diğer mahalde bir şey bulup da kendisine mal olmak üzre ahz etse gāsıb hükmünde olur* | 1275
770. Madde *Mültekıt, bir lukata bulduğunu ilân ettirir* | 1289
771. Madde *Bir kimse nezdinde diğerin malı kazâra telef olduğu sûrette eğer sâhibinin izni olmaksızın almış ise beher hal zâmin olur* | 1290
772. Madde *Delâleten izin sarâhaten izin gibidir* | 1294

BAB-I SÂNÎ Vedî‘a | 1297

FASL-I EVVEL Akid ve şart-ı îdâ'a müteallık mesâil | 1298
773. Madde *Sarâhaten yahut delâleten îcâb ve kabûl ile îdâ' mün'akid olur* | 1298
774. Madde *Mûdi' ile müstevda'dan her birinin ne vakit dilerse akd-i îdâ'ı fesha salahiyyeti vardır* | 1302
775. Madde *Vedî'anın vaz'-ı yede kābil ve kabza sâlih olması şarttır* | 1303
776. Madde *Mûdi' ile müstevda'ın âkıl ve mümeyyiz olmaları sıhhat-i akd-i vedî'ada şarttır* | 1303
FASL-I SÂNÎ Vedî'anın ahkâmı ve zamânâtı | 1306
777. Madde *Vedî'a yed-i müstevda'da emânettir* | 1306
778. Madde *Müstevda'ın hizmetkârı yedinden vedî'a üzerine bir şey düşüp de vedî'a telef olsa, hizmetkâr zâmin olur* | 1311
779. Madde *Vedî'a hakkında sâhibinin râzı olmadığı şeyi yapmak ta'addîdir* | 1311
780. Madde *Müstevda' vedî'ayı kendi malı gibi bizzat hıfz eder. Yahut emîni olan kimseye hıfz ettirir* | 1316
781. Madde *Müstevda' kendi malını nerede hıfz ederse vedî'ayı dahi orada hıfz edebilir* | 1319
782. Madde *Vedî'anın emsali vechile muhâfazası lâzımdır* | 1321
783. Madde *Müstevda' müte'addid oldukda eğer vedî'a kābil-i kısmet değilse birinin izniyle diğeri hıfz eder* | 1322
784. Madde *Akd-i îdâ'da îrad olunan şart eğer mümkinü'l-icrâ ve müfîd olur ise mu'teberdir değil ise lağvdir* | 1324
785. Madde *Vedî'anın sahibi gāib olup da hayat ve memâtı ma'lûm olmasa müstevda' onu sahibinin vefatı tebeyyün edinceye dek hıfz eder* | 1328
786. Madde *At ve inek gibi nafakaya muhtâc olan vedî'anın nafakası sahibine âiddir* | 1330
787. Madde *Müstevda'ın ta'addî veya taksîri halinde vedî'a telef yahut kıymetine noksan târî olsa zamân lâzım gelir* | 1331
788. Madde *Vedî'ayı sahibinin izni olmaksızın diğer mal ile yekdiğerden tefrîk olmayacak sûretde karıştırmak ta'addîdir* | 1339
789. Madde *Müstevda' eğer vedî'ayı sahibinin izniyle madde-i ânifede beyan olunduğu üzre diğer mal ile karıştırsa, yahut kendisinin sun'i olmaksızın iki mal birbiriyle kezâlik yekdiğerinden tefrîk olunamayacak sûretde karışsa meselâ bir sandık derûnunda vedî'a olan altın kesesi yırtılıp içindeki altınlar diğer altınlar ile karışsa mecmûunda müstevda' ile sahib-i vedî'a hisseleri miktarınca şerîk olurlar* | 1343
790. Madde *Müstevda' Vedî'ayı Âhara îdâ' edemez* | 1344
791. Madde *Müstevda' vedî'ayı âhar kimesneye îdâ' edip de mûdi' mücîz olsa, müstevda'-ı evvel aradan çıkıp ol kimse müstevda' olur* | 1349
792. Madde *Müstevda' vedî'ayı sahibinin izniyle isti'mâl edebileceği gibi îcâr ve i'âre ve rehin dahi edebilir* | 1349
793. Madde *Müstevda', emânet akçeyi bilâ-izin âhara ikraz ve teslîm edip de sahibi mücîz olmasa müstevda' ol akçeyi zâmin olur* | 1353
794. Madde *Vedî'ayı sâhibi taleb ettikde kendisine redd ve teslîmi lâzım gelir* | 1354
795. Madde *Müstevda', vedî'ayı bizzat yahut emîni ile redd ve teslîm eder* | 1360
796. Madde *İki kimse müşterek mallarını bir kimseye îdâ' ettikten sonra ol şerîklerden birisi gelip de âharın gıyabında hissesini müstevda'dan taleb ettikde, vedî'a eğer misliyyâttan ise müstevda' onun hissesini kendisine verir* | 1362
797. Madde *Vedî'ayı teslîmde mekân-ı îdâ' mu'teberdir* | 1364
798. Madde *Vedî'anın menâfi'i sâhibinindir* | 1364

799. Madde *Sâhib-i vedî'a gāib olup da üzerine nafakası vâcib olan kimsenin hâkime mürâca'atı üzerine hâkim ol gāibin vedî'a olan akçesinden ol kimseye nafaka takdir ettikde müstevda' kendi yedinde vedî'a olan akçeden ol kimsenin nafakasına etse zamân lâzım gelmez* | 1365

800. Madde *Müstevda'a cünûn ârız olup sahv ve ifâkatinden ye'is geldikde kable'l-cinnet ahz etmiş olduğu vedî'a aynen mevcûd olmasa sâhibi bir mu'teber kefîl göstererek mecnûnun malından tazmîne selâhiyyeti vardır* | 1369

801. Madde *Müstevda' fevt oldukda vedî'a aynen terekesinde bulunduğu sûretde vârisi yedinde dahi emânet olmakla sâhibine redd olunur* | 1369

802. Madde *Mûdi' fevt oldukda vedî'a vârisine verilir* | 1377

803. Madde *Vedî'anın tazmîni lâzım geldikde misliyyâttan ise mislini ve kıyemiyyâttan ise zamânı mûcib olan şeyin yevm-i vukū'undaki kıymetini vermek lâzım gelir* | 1379

HÂTİME | 1380

MEBHAS-İ EVVEL İki kimsenin bir vedî'ada nizâ'ları | 1380

MEBHAS-İ SÂNÎ Mûdi' ile müstevda' arasındaki bazı ihtilâf | 1381

BÂB-I SÂLİS Âriyet | 1383

FASL-I EVVEL Akid ve Şart-ı İ'âreye Müte'allik Mesâil | 1384

804. Madde *İ'âre, îcâb ve kabûl ile ve te'âtî ile mün'akid olur* | 1384

805. Madde *Mu'îrin sükûtu kabûl sayılmaz* | 1387

806. Madde *Mu'îr istediği vakit İ'âreden rücû' edebilir* | 1388

807. Madde *Mu'îr ve müste'îrden her hangisi fevt olsa akd-i i'âre münfesih olur* | 1390

808. Madde *Müste'ârın intifâ'a sâlih olması şarttır* | 1390

809. Madde *Mu'îr ve müste'îrin âkıl olmaları şarttır, bâliğ olmaları şart değildir* | 1392

810. Madde *Âriyetde kabz şart olup, kable'l-kabz hükmü yoktur* | 1394

811. Madde *Müste'ârın ta'yîni lâzımdır* | 1394

FASL-I SÂNÎ Âriyetin Ahkâm ve Zamânâtı | 1396

812. Madde *Müste'îr bilâ-bedel âriyetin menfa'atine mâlik olur* | 1396

813. Madde *Âriyet, müste'îr yedinde emânettir* | 1396

814. Madde *Müste'îrin bir gûne te'addîsi veya taksîri oldukda artık her ne sebeble olur ise olsun âriyet telef olsa yahut kıymetine noksan gelse zamân lâzım gelir.* | 1399

815. Madde *Müste'ârın nafakası müste'îr üzerinedir* | 1405

816. Madde *İ'âre-i mutlakada yâni mu'îrin i'âreyi zemân ve mekân ve bir nev' intifâ' ile takyîd etmediği sûretde, âriyeti müste'îr dilediği zemân ve mekânda dilediği vechile isti'mâl edebilir* | 1405

817. Madde *İ'âre zemân ve mekân ile takyîd olundukda, kayıt mu'teber olup müste'îr ona muhâlefet edemez* | 1409

818. Madde *İ'âre bir nev' intifâ' ile takyîd olundukda, müste'îr me'zun olduğu intifâ'ın mâ-fevkına tecâvüz edemez* | 1411

819. Madde *Mu'îr, eğer müntefi'i ta'yîn etmeksizin mutlak olarak i'âre etmiş ise, müste'îrin âtî ıtlâk üzre isti'mâle selâhiyyeti vardır* | 1414

820. Madde *Müntefi'in ta'yîni müsta'milinin ihtilâfiyle muhtelif olan şeylerde mu'teberdir* | 1417

LÂHİKA Mu'îr ile müste'îrin zemân veya mekân veya nev-i intifâ'da takyîd veya ıtlâktaki ihtilâfları | 1419

821. Madde *Bir mahall-i muayyene diye hayvan isti'âre olundukda yollar mütaeddid olsa müste'îr âdet üzre nâsın sülûk ettiği yollardan her hangisiyle dilerse gidebilir* | 1419

822. Madde *Bir kimse bir kadından zevcinin mülkü olan bir şeyi âriyet isteyip ve o dahi bilâ-izni verip de, ol şey zâyi' olduğu sûretde eğer derûn-ı hânede alâ cera'l-âdet zevcenin yedinde bulunan eşyadan ise gerek ol kadına ve gerek müste'îre zamân lâzım gelmez* | 1420
823. Madde *Mu'îrin izni olmaksızın müste'îr âriyeti âhara îcâr yahut rehnedemez* | 1421
824. Madde *Müste'îr, âriyeti âhara îdâ' edebilir* | 1423
825. Madde *Mu'îr, âriyeti taleb ettikde müste'îrin hemen redd ve teslîmi lâzım gelir* | 1424
826. Madde *Nassan veya delâleten muvakkat olan âriyetin hitâm-ı müddet mu'îre reddi lâzımdır* | 1426
827. Madde *Bir iş için bir şey isti'âre olundukda, ol işin hitâmında âriyet müste'îr yedinde vedî'a gibi olur* | 1428
828. Madde *Âriyeti müste'îr bi-nefsîhi yahut emîni ile mu'îre redd eder* | 1429
829. Madde *Mücevherât gibi eşya-yı nefîseden olan âriyeti mu'îrin kendisine teslîm etmek lâzımdır* | 1429
830. Madde *Müste'îr, yedinde bulunan âriyeti redd edecek oldukda me'ûneti yâni külfeti ve masârif-i nakliyyesi kendi üzerinedir* | 1431
831. Madde *Ebniye yapmak ve ağaç dikmek için yer isti'âre etmek sahîhdir* | 1432
832. Madde *Gerek muvakkat ve gerek gayr-i muvakkat olarak zer' için i'âre olunan araziyi mu'îr, vakt-i hasattan mukaddem rücû' edip de müste'îrden istirdâd edemez* | 1435
HÂTÎME Temlik ve i'ârede ihtilâf | 1436

ŞERH-İ KİTABÜ'L-HİBE

KİTAB-I SÂBİ'

KİTAB-I SÂBİ' .... | 1441

MUKADDİME Hibeye dâir olan ıstılâhât-ı fıkhiyye .... | 1442
833. Madde *Hibe bilâ-ivaz bir malı ahara temlîk etmektir ki eden kimseye vâhib ve ol mala mevhûb ve anı kabûl edene mevhûbun-leh denilir* | 1442
834. Madde *Hediyye bir kimseye ikrâmen götürülen veya gönderilen maldır* | 1447
835. Madde *Sadaka, sevab için hibe olunan maldır* | 1447
836. Madde *İbâha bir şeyi bilâ-ivaz ekl ve tenâvül etmek üzre âhara izin ve ruhsat vermektir* | 1448

BÂB-I EVVEL Akd-i hibeye müte'allik mesail .... | 1449
FASL-I EVVEL Rükn ve kabz-ı hibeye dâir mesâil .... | 1449
837. Madde *Hibe îcâb ve kabûl ile mün'akid ve kabz ile tamâm olur* | 1450
838. Madde *Hibede îcâb bağışladım ve hibe ettim ve ihdâ eyledim gibi meccânen bir malı temlîk ma'nâsında müstamel olan sözlerdir* | 1456
839. Madde *Te'âtî ile dahi hibe mün'akid olur* | 1460
840. Madde *Hibede ve sadakada irsâl ve kabz, lafzan îcâb ve kabûl makāmına kāim olur* | 1460
841. Madde *Hibede kabz bey'de kabûl gibidir* | 1461
842. Madde *Kabzda vâhibin, sarâhaten yahud delâleten izni lâzımdır* | 1463
843. Madde *Vâhibin îcâbı, delâleten kabza izindir* | 1464
844. Madde *Vâhib sarâhaten kabza izin verdikde, mevhûbün-lehin onu gerek meclis-i hibede ve gerek ba'de'l-iftirâk kabzı sıhhîdir* | 1465
845. Madde *Müşteri mebî'i bâyi'den kable'l-kabz âhara hibe ve mevhûbün-lehe kabz ile emredebilir* | 1466

846. Madde *Bir kimsenin yedinde bulunan malı sahibi ona hibe ettiğinde mevhûbün-lehin -kabûl ettim- yahut -ittihab eyledim- demesiyle hibe tamâm olup müceddeden teslîm ve kabza muhtâc değildir.* | 1467
847. Madde *Bir kimse alacağını medyûna hibe veyahut medyûnu ondan ibrâ eyleyip o dahi redd etmese sahîh ve deyn hemen sâkıt olur* | 1470
848. Madde *Bir kimse birinin zimmetinde olan alacağını âhara hibe edip de "var al" diye sarâhaten kabza izin verse ve mevhûbün-leh dahi varıp kabzetse hibe tamâm olur* | 1474
849. Madde *Kable'l-kabz vâhib yahud mevhûbün-leh fevt olsa, hibe bâtıl olur* | 1477
850. Madde *Bir kimse kebîr yâni âkıl ve baliğ olan oğluna bir şeyi hibe teslîm ve kabzı lâzımdır* | 1478
851. Madde *Sağîrin vasîsi yahut mürebbîsi yâni hicr ve terbiyesinde bulunduğu kimse gerek yedinde bulunan ve gerek diğerin nezdinde vedî'a olan malını ol sağîre hibe ettikde mücerred îcâb ile yâni yalnız "hibe ettim" demesiyle ol sağîr ona mâlik olup kabza muhtâc değildir* | 1479
852. Madde *Bir tıfla bir şey hibe ettiğinde velîsinin yahut mürebbîsinin kabzı ile hibe tamâm olur* | 1484
853. Madde *Sabi-yi mümeyyize bir şey hibe olundukda velîsi olsa bile kendisinin kabzıyla hibe tamâm olur* | 1487
854. Madde *Hibe-i muzâfe sahîh değildir* | 1489
855. Madde *İvaz şartıyla olan hibe sahîh ve şart mu'teberdir* | 1490
LAHİKA | 1496
MEBHAS-İ EVVEL Vâhib ile mevhûbün-leh beynindeki bazı ihtilâfât | 1496
MEBHAS-İ SÂNÎ Hibeye Müte'allik Bazı Şahâdetler | 1497
MEBHAS-İ SÂLİS Hıyâr-ı Şart İle Hibe ve Berâet | 1497
MEBHAS-İ RÂBİ' Mevhûbdan İstisnâ | 1498
FASL-I SÂNÎ Şerâit-ı Hibe | 1499
856. Madde *Mevhûbun vakt-i hibede mevcûd olması şarttır* | 1499
857. Madde *Mevhûb, vâhibin malı olmak şarttır* | 1501
858. Madde *Mevhûbun ma'lûm ve mu'ayyen olması lâzımdır* | 1502
LÂHİKA | 1504
MEBHAS-İ EVVEL Mevhûba Müte'allik Şurût-ı Bakıyye | 1504
MEBHAS-İ SÂNÎ Sarâhaten zikrolunmaksızın hibede dâhil olup olmayan şeyler | 1515
859. Madde *Vâhibin âkıl baliğ olması şarttır* | 1515
860. Madde *Hibede vâhibin rızâsı lâzımdır* | 1517

BÂB-I SÂNÎ Ahkâm-ı hibe | 1520
FASL-I EVVEL Hibeden rücû' | 1520
861. Madde *Mevhûbün-Leh kabz ile mevhûba mâlik olur* | 1520
862. Madde *Kable'l-kabz vâhib hod-be-hod hibeden rücû' edebilir* | 1522
863. Madde *Vâhibin ba'de'l-îcâb mevhûbün-lehi kabzdan nehyetmesi rücû'dur.* | 1523
864. Madde *Vâhib ba'de'l-kabz mevhûbün-lehin rızâsıyla hibe ve hediyyeden rücû' edebilir* | 1524
865. Madde *Ba'de'l-kabz vâhib eğer mevhûbün-lehin rızâsı yahut hüküm ve kazâsı olmadan hod-be-hod mevhûbu istirdâd eder ise gâsıb olur* | 1532
866. Madde *Bir kimse usûl ve fürû'una ya birâder ve hemşiresine veya bunların evlâdına yahut peder ve mâderinin birâder ve hemşiresine bir şey hibe ettikden sonra rücû' edemez* | 1532
867. Madde *Zevc ile zevceden biri, beynlerinde zevciyyet kāim iken, yekdiğerine bir şey hibe ve teslîm ettikden sonra artık ondan rücû' edemez* | 1534

868. Madde *Hibeye ivaz verilip de vâhibin dahi kabzetmesi mâni'-i rücû'dur* | 1535
869. Madde *Mâl-i mevhûb arz olup da mevhûbün-leh onun üzerine bina ihdâs yahut ağaç gars etmek yahut mevhûb zebûn hayvan olup da mevhûbün-leh yanında semizlenmek gibi ziyâde-i muttasıla hâsıl oldukda yahut buğday olup da un edilmek gibi mevhûbun ismi değişecek sûretde tağyir olundukda hibeden rücû' sahîh olmaz* | 1541
870. Madde *Mevhûbün-leh mevhûbu bey' ile yahut hibe ve teslîm ile mülkünden ihrâc eylese, vâhibin rücû'a selahıyyeti kalmaz* | 1546
871. Madde *Mevhûbün-leh yedinde mevhûb müstehlek olsa rücû'a mahâl kalmaz* | 1547
872. Madde *Vâhib ve mevhûbün-lehden birinin vefâtı mâni'-i rücû'dur. Binâenaleyh mevhûbün-leh fevt olsa vâhib hibeden rücû' edemediği gibi vâhib fevt oldukda veresesi mevhûbu istirdâd edemez* | 1548
873. Madde *Dâyin alacağını medyûna hibe ettikde artık ondan rücû' edemez* | 1549
874. Madde *Ba'de'l-kabz sadakadan bir vechile rücû' olunamaz* | 1550
875. Madde *Biri bir kimseye mat'ûmâtdan bir şey ibâha ettiğinde ol kimse eğer çi ol şeyi alıp da âhara satmak yahut hibe etmek gibi levâzım-ı temellükden olan bir vechile tasarruf edemez* | 1551
LÂHIKA Tahlîle Müte'allik Mesâil | 1552
876. Madde *Hıtan yahut zîfâf düğünlerinde gelen hediyeleri ashâbı, çocuk veya gelin ve baba ve analarından hangisine diye getirmişler ise ol hediyeler onundur* | 1553
HATİME | 1554
FASL-I SÂNÎ Hibe-i Marîz .... | 1555
877. Madde *Vârisi olmayan kimse maraz-ı mevtinde cemî-i emvâlini birine hibe ve teslîm etse sahîh olur* | 1555
878. Madde *Zevcesinden mâ'adâ vârisi olmayan kimse maraz-ı mevtinde cemî' emvâlini zevcesine veyahut zevcinden mâ'adâ vârisi olmayan kadın cemî' emvâlini maraz-ı mevtinde zevcine hibe ve teslîm etse sahîh olur* | 1556
879. Madde *Bir kimse maraz-ı mevtinde veresesinden birine bir şey hibe edip de fevt oldukda diğer verese mücîz olmaz ise ol hibe sahîh olmaz* | 1557
880. Madde *Terekesi müstağrak-ı düyûn olan kimse maraz-ı mevtinde emvâlini vârisine yahut başkasına hibe ve teslîm ettikden sonra fevt olsa, dâyinler hibeyi tutmayıp ol emvâli kısmet-i guramâya idhâl edebilir* | 1562

ŞERH-İ KİTABÜ'L-GASB VE'L-İTLÂF
KİTÂB-I SÂMİN

KİTÂB-I SÂMİN .... | 1567
MUKADDİME Bazı İstilâhât-ı Fıkhiyye .... | 1568
881. Madde *Gasb bir kimsenin izni olmaksızın malını ahz ve zabt etmektir. Ahz eden kimseye gâsıb ve ol mala mağsub ve sahibine mağsubün-minh danilir* | 1568
882. Madde *Kāimen kıymet, ebniye veya eşcârın bulundukları yerde durmak üzre kıymetleridir ki arz bir kerre ebniye veya eşcâr ile beraber ve bir kerre ebniye veya eşcârdan hâlî olarak takvîm olup iki kıymet beynindeki tefâdul ve tefâvüt ne ise ebniye veya eşcârın kāimen kıymeti demek olur* | 1580
883. Madde *Mebniyyen kıymet, ebniyenin kāimen kıymeti demektir* | 1581
884. Madde *Maklû'an kıymet, ba'de'l-kal' ebniye enkāzının ve eşcâr-ı maklû'anın kıymetleridir* | 1581

885. Madde *Müstahıkku'l-kal' olarak kıymet, maklû'an kıymetden ücret-i kal', lede't-tenzil bâkī olan kıymetdir* | 1582
886. Madde *Noksan-ı arz, bir yerin kable'z-zirâat değeri olan ücretle ba'de'z-zirâat değeri olan ücret beynindeki fark ve tefâvüttür* | 1582
887. Madde *Mübaşereten itlâf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki eden kimseye fâil-i mübâşir denilir* | 1583
888. Madde *Tesebbüben itlâf, bir şeyin telefine sebeb olmaktır. Yâni bir şeyde diğer şeyin alâ cerâ'l-âde telefine mufzî olan bir iş ihdâs etmektir ki eden kimseye mütesebbib denilir* | 1584
889. Madde *Takaddüm, mazarrat-ı melhûzanın def' ve izâlesi için evvelce tenbih ve tavsiye etmektir* | 1584

BÂB-I EVVEL Gasb | 1586

FASL-I EVVEL Gasbın ahkâmı | 1586

890. Madde *Mâl-i mağsûb, aynen mevcûd ise mekân-ı gasbda sahibine redd ve teslimi lâzımdır* | 1588
891. Madde *Mâl-i mağsûbu gasıb istihlâk ettikde zâmin olması lâzım geldiği gibi gerek onun ta'addîsiyle ve gerek bilâ-ta'add telef veya zâyi' olduğu takdirde dahi zâmin olur* | 1595
892. Madde *Gāsıb, mekân-ı gasbda ayn-ı mağsûbu sâhibine redd ve teslîm ettikde zamândan beri olur* | 1612
893. Madde *Gāsıb, ayn-ı mağsûbu sâhibi ahz edebilecek sûretde önüne vaz' ettikde, hakīkaten kabz bulunmasa bile mağsûbu reddetmiş olur* | 1617
894. Madde *Ayn-ı mağsûbu gāsıb bir mahall-i mahûfda sâhibine teslîm etse kabûl etmemeğe hakkı vardır.* | 1618
895. Madde *Gāsıb telef olan mâl-i mağsûbun kıymetini sâhibine getirip de kabul etmese, hâkime mürâca'at ile kabûlünü emr ettirir* | 1619
896. Madde *Mağsûbun-minh sabî olduğu halde gāsıb ona mağbsubu reddettikde sabî-i mümeyyiz olup da malını hıfza ehil ise reddi sahîh olur değil ise sahîh olmaz* | 1620
897. Madde *Mağsûbun meyve olup da gāsıb indinde kurumak gibi hali tagayyür eyler ise sâhibi muhayyerdir. Dilerse mağsûbu aynen istirdâd eyler ve dilerse tazmîn ettirir* | 1622
898. Madde *Gāsıb eğer kendi malından bir şey ziyâdesiyle mağsûbun bazı evsâfını tağyîr eder ise mağsûbun-minh muhayyerdir* | 1623
899. Madde *Gāsıb eğer mâl-i mağsûbu, ismi değişecek sûretde tağyîr ederse zâmin olur* | 1628
900. Madde *Bade'l-gasb mağsûbun si'r ve kıymeti tenâkuz etse sâhibi onu almayıp da zeman-ı gasbdaki kıymetini mutâlebe edemez* | 1635
901. Madde *İzâle-i tasarrufta gasba müsâvî olan hal ve keyfiyyet hükmen gasb kabîlinden addolunur* | 1641
902. Madde *Bir dağ üzerindeki bahçe ile alt tarafındaki diğer bahçe üzerine yıkılıp düşmek gibi bir vechile min gayr-i kasdin bir kimsenin mülkü yedinden çıksa kıymetçe ekalli eksere tâbi' olur* | 1643
903. Madde *Mağsûbun zevâidi sahibinindir* | 1645
904. Madde *Bir bahçede mekân ittihaz eden arıların balı bahçe sahibinin olup diğer kimesne ol balı ahz ve istihlâk eylese, zâmin olur* | 1650

FASL-I SÂNÎ Gasb-ı akāra müte'allik bâzı mesâil | 1652

905. Madde *Mağsûb, eğer akār kabilinden ise gāsıb onu tağyîr ve tenkīs etmeyerek sahibine redd etmesi lâzımdır* | 1654
906. Madde *Mağsûb, arz olup da gāsıb onun üzerine ebniye inşâ yahut eşcâr gars etse bunları kal' ile arzı redd etmek üzre gāsıba emrolunur* | 1657
907. Madde *Bir kimse âharın arsasını gasb ve zirâat eylese sahibi arsasını istirdâd ettikde ol kimesnenin zirâatiyle terettüb eden noksan-ı arzı dahi tazmîn ettirir* | 1667

908. Madde *Bir kimse diğerin tarlasını gasben nadas ettikden sonra sahibi tarlayı aldıkda ol kimse nadas ameli mukābilinde ücret mutâlebe edemez* | 1670
909. Madde *Bir kimse süprüntü yahut diğer nesne vaz' ile birinin arsasını işgal etse, koyduğu şeyi ref' ile arsayı tahliye etmek üzre kendüye cebrolunur* | 1670
FASL-I SÂLİS Gāsıbü'l-gāsıbın Hükmü | 1673
910. Madde *Gāsıbü'l-gāsıb ayn-ı gāsıb hükmündedir* | 1673
911. Madde *Gāsıbü'l-gāsıb mâl-i mağsûbu gāsıb-ı evvele redd ettikde, yalnız kendisi mağsûbun-minhe redd ettikde ikisi dahi berî olur* | 1679
BÂB-I SÂNÎ İtlâf | 1681
FASL-I EVVEL Mübâşereten İtlâf | 1681
912. Madde *Bir kimesne diğerin gerek kendisinde ve gerek emîni yedinde olan malını gerek kasden ve gerek min gayr-i kasdın itlâf etse zâmin olur* | 1681
913. Madde *Birinin ayağı kayıp da düşerek âharın malını itlâf etse, zâmin olur* | 1689
914. Madde *Bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlâf etse zâmin olur* | 1689
915. Madde *Bir kimesne, diğerin elbisesini çekip de yırtsa, tamam-ı kıymetini zâmin olur* | 1689
916. Madde *Bir sabî diğerin malını itlâf etse kendi malından zamân lâzım gelir* | 1690
917. Madde *Bir kimse diğerin malına kıymetçe bir gûne noksan getirse, noksan kıymetini zâmin olur* | 1691
918. Madde *Bir kimse diğerin hane ve dükkân misillü akārını bi-gayr-i hakkın hedm etse sahibi muhayyerdir.* | 1694
919. Madde *Bir mahallede harîk vukū' bulmakla bir kimse bir haneyi sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada harîk munkatı' oldukda eğer emr-i veliyyü'l-emr ile yıkmış ise zamân lâzım gelmez* | 1695
920. Madde *Bir kimse âharın bahçesindeki eşcârı bi-gayr-i hakkın kat' ettikde sahibi muhayyerdir. Dilerse ol eşcâr, kāimen kıymetlerini ahz ile eşcâr-ı maktû'ayı kātıa terk eder. Ve dilerse kāimen kıymetlerinden maktû'an kıymetlerini bi't-tenzil vâki' meblağ ile beraber eşcâr-ı maktû'ayı dahi alıkor.* | 1696
921. Madde *Bir kimse mazlûm olmakla âhara zulmetmeğe salahiyeti olamaz* | 1698
FASL-I SÂNÎ Tesebbüben İtlâf | 1699
922. Madde *Bir kimse tesebbüben birinin malını itlâf yahut kıymetini tenkīs etse yâni kendisinin fi'li bir malın telefine yahut noksan kıymetine sebeb-i mufzî olsa zâmin olur* | 1699
923. Madde *Birinin hayvanı bir kimseden ürküp de firar ile zâyi' olsa zamân lâzım gelmez* | 1702
924. Madde *Tesebbübün ber-vech-i bâlâ mûcib-i zamân olmasında te'addî şarttır. Yâni mütesebbibin bir zararı zâmin olması ol zarara mufzî olan fi'li haksız olarak işlemiş olmasıyla meşruttur* | 1703
925. Madde *Biri bir şeyin telefine sebeb olan bir iş işlemiş olduğu halde araya bir fi'l-i ihtiyarî haylûlet eylese, yâni başka bir kimse ol şeyi mübâşereten itlâf etse, ol fi'l-i ihtiyarî sahibi olan fâil-i mübâşir zâmin olur* | 1704
FASL-I SÂLİS Tarîk-ı Âmmda İhdâs Olunan Şeyler | 1707
926. Madde *Herkesin tarîk-ı âmmda hakk-ı mürûru vardır* | 1707
927. Madde *İzn-i veliyyü'l-emr olmadıkça kimesne tarîk-ı âmmda bey' ve şirâ için oturamaz* | 1709
928. Madde *Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar îras etse, zamân lâzım gelmez* | 1715
FASL-I RÂBİ' Cinâyet-i Hayvan | 1723
929. Madde *Bir hayvanın kendiliğinden olarak ettiği zararı sahibi zâmin olmaz* | 1723

930. Madde *Bir kimse gerek râkib olsun gerek olmasın kendi mülkünde iken hayvanı ön ayağı yahut başı veya kuyruğu ile çarparak veyahut arka ayağıyla deperek âhar kimesneye zarar etse, sahibi zâmin olma* | 1726

931. Madde *Bir kimse diğerin mülküne hayvanını idhal ettikde sahibinin izniyle idhal etmiş ise, kendi mülkünde bulunmuş gibi addolunarak madde-i ânife beyân olunan sûretlerde hayvanının cinâyetini zâmin olmaz* | 1727

932. Madde *Herkesin tarîk-ı âmmada hayvan ile dahi mürûra hakkı vardır* | 1727

933. Madde *Tarîk-ı âmmda kāid ve sâik dahi râkib gibidir. Yâni onlar dahi ancak râkibin zâmin olduğu zararı zâmin olurlar* | 1729

934. Madde *Bir kimesnenin tarîk-ı âmmda hayvanını durdurmağa yahut bağlamağa hakkı yoktur* | 1729

935. Madde *Bir kimse hayvanını başıboş tarîk-ı âmma salıverse ol hayvanın ettiği zararı zâmin olur* | 1730

936. Madde *Bir kimsenin râkib olduğu hayvan ön yahut arka ayağıyla kendi mülkünde ve gerek sâir mahalde bir şeyin üzerine basıp da telef etse râkib olan kimse ol şeyi mübaşereten itlâf etmiş addolunarak her halde zâmin olur* | 1731

937. Madde *At gem almayıp da râkibi başını zabtedemeyerek bir zarar etse zamân lâzım gelmez* | 1732

938. Madde *Bir kimse kendi mülkünde hayvanını bağlamış olduğu halde diğer biri gelip de bilâ-izin oraya hayvanını bağladığı sûretde sahib-i mülkün hayvanı onu depip telef etse zamân lâzım gelmez* | 1732

939. Madde *Bir mahalde hayvan bağlamağa hakkı olan iki kimesne hayvanlarını bağladıklarında hayvanların biri diğerini telef etse zaman lâzım gelmez* | 1732

940. Madde *İki kişi kendilerinin hayvan bağlamağa hakkı olmayan yerde hayvanlarını bağlayıp da, ol bağlayanın hayvanı, diğerin hayvanını telef etse zamân lâzım gelmez* | 1733

HÂTİME Hayvana Cinâyet | 1733